

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC/SP

A SENTENÇA

EM FACE DA CUMULAÇÃO DE AÇÕES

São Paulo

2012

Glauco Batalha Altmann

A SENTENÇA
EM FACE DA CUMULAÇÃO DE AÇÕES

Monografia apresentada à PUC/COGEAE,
como exigência parcial para avaliação do
Curso de Especialização em Direito
Processual Civil em Módulos

Orientadora:

Prof. Doutora Luciana Manente

São Paulo

2012

FOLHA DE APROVAÇÃO

Glauco Batalha Altmann

A SENTENÇA

EM FACE DA CUMULAÇÃO DE AÇÕES

Monografia apresentada à PUC/COGEAE,
como exigência parcial para avaliação do
Curso de Especialização em Direito
Processual Civil em Módulos

__/__/__

Banca Examinadora:

Professora Luciana Manente – Orientadora

Professor -----

Professor -----

Julgamento_____Assinatura_____

DEDICATÓRIA

A todos que auxiliaram em minha formação acadêmica de maneira direta ou indireta. Em especial ao Dr. Jair Rocha Batalha (*in memoriam*) pela paciência em ensinar-me as minhas primeiras letras jurídicas.

AGRADECIMENTOS

Aos meus familiares, Gilvanda, Rafael e Fernanda,
pelas horas roubadas da convivência em comum.

EPIGRAFE

DA TENDÊNCIA GERAL DAS LEIS SOB O IMPÉRIO DA DEMOCRACIA
AMERICANA E DO INSTINTO DAQUELES QUE AS APLICAM

É preciso que se distingam, nas leis, a finalidade a que se propõem, da maneira pela qual marcham para essa finalidade; a sua excelência absoluta de que é apenas relativa. Suponhamos que o objetivo do legislador seja favorecer os interesses de reduzido número à custa da maioria; as suas disposições são combinadas de maneira a obter o resultado que ele procura no menor prazo e com o mínimo possível de esforços. A lei será bem feita, embora mau o seu propósito; será perigosa na proporção da sua própria maioria. As leis da democracia, em geral, tendem para o bem da maioria, pois emanam da maioria de todos os cidadãos, a qual pode enganar-se, mas não poderia ter um interesse contrário a si mesma. As da aristocracia tendem, pelo contrário, a monopolizar nas mãos de pequeno número a riqueza e o poder, porque a aristocracia sempre constitui, por sua natureza, uma minoria.

Pode-se dizer, neste caso, de um modo geral, que o objeto da democracia, na sua legislação é mais útil à humanidade que o objeto da aristocracia na sua. Mas as suas vantagens terminam aí.

Alexis de Tocqueville *in* A Democracia na América, B. Horizonte: Ed. Itatiaia, 1998, p. 179.

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo contribuir para o debate sobre o tema da fundamentação da sentença em face da cumulação de ações, particularmente quando juízes ou colegiados afirmam que não estão obrigados a apreciar todos os argumentos da parte.

Essa afirmativa é uma verdade parcial e circunstancial, que deve ser aplicada com cautela e comedimento, pois ao se tornar um lugar comum - um mero aglutinado de palavras -, os argumentos das partes capazes de modificar o resultado de um processo, como até mesmo ações (pedidos), poderão ser sufocados.

A doutrina pátria, com esteio no direito positivo constitucional e infraconstitucional, mostra-se sensível ao tema. Nela encontram-se razões suficientes para que a prestação da tutela jurisdicional se dê da maneira mais ampla, exauriente, e clara que seja possível.

Encontram-se importantes contribuições sobre o tema na doutrina estrangeira. A doutrina italiana aponta um grave erro lógico, quando a sentença deixa de ser devidamente fundamentada. E na doutrina portuguesa localiza-se a origem do jargão de que *juízes e colegiados não estão obrigados a apreciar todos os argumentos da parte*. Mas é a própria doutrina lusitana que, ao mesmo tempo, sustenta que uma decisão mediocrementemente fundamentada é passível de ser revogada ou alterada.

No exame de diversos julgados encontrou-se perceptível diferença entre a interpretação e aplicação do direito positivo. O STF, exemplarmente, reconhece que a devida fundamentação é garantia constitucional da parte. Já o STJ, a partir de determinado momento, passou a relativizar o direito posto, quando passou a afirmar que está desobrigado o juiz a julgar a questão posta a seu exame conforme o pleiteado pelas partes.

Apresenta-se, a final, solução diversa da adotada pelo STJ, com a indicação de ação de nulidade para a correção das distorções.

Palavras-chave: fundamentação; sentença; cumulação; pedidos; ações; argumentos; partes; garantia constitucional; ação de nulidade; erro lógico; deficiente; ausente;

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA	
2.1 O que é fundamentar?	3
2.2 Obrigatoriedade da fundamentação	7
2.3 Disposição constitucional sobre a fundamentação	10
2.4 Normatização infraconstitucional sobre a fundamentação	13
2.5 Direito comparado sobre a fundamentação	18
2.6 Código Projetado sobre a fundamentação	20
3. CUMULAÇÃO DE AÇÕES	
3.1 Generalidades.....	31
3.2 Elementos da ação	36
3.3 Modalidades de cumulação: subjetiva e objetiva	37
3.4 Cumulação subjetiva	38
3.5 Espécies de cumulação subjetiva	39
3.6 Generalidades sobre cumulação objetiva	41
3.7 Cumulação objetiva pela causa de pedir	41
3.8 Cumulação objetiva pelo pedido	43
3.9 Cumulação sucessiva (<i>simultaneus processus</i>)	46
3.10 Do pedido em obrigação indivisível	46
3.11 Ações concorrentes (cumulação de ações)	47
3.12 A dedução da cumulação de ações.....	47
4. SENTENÇA	

4.1 Conceito de sentença	48
4.2 Silogismo da sentença	51
4.3 Erro lógico da sentença (ausência de apreciação de pedido cumulado).....	53
4.4 Casuística sobre o erro lógico da sentença	56
4.5 Recurso contra a sentença	64
4.6 Apelação	69
4.7 Embargos de Declaração opostos contra a sentença	70
4.8 Coisa julgada em face da ausência de apreciação de pedido cumulado	72
5. CONCLUSÃO.....	81
6. BIBLIOGRAFIA.....	84

1. INTRODUÇÃO

A escolha do presente tema, a Sentença em Face da Cumulação de Ações, teve como razão de ser um inconformismo profissional, portanto, levado estritamente à conta de seu aspecto prático.

Para o profissional do direito, que busca exercer seu mister com o mínimo de comprometimento com seu representado, é bastante constrangedor deparar-se, ao longo de anos de litígio, com a expressão: *o tribunal não está obrigado a apreciar todos os argumentos da parte*.

Um longo caminho é percorrido para examinar a questão.

O Capítulo 2 trata da Fundamentação da Sentença e inicia-se, como não poderia deixar de ser, com a conceituação do tema.

A seguir, examina-se como o fundamento da sentença é tratado perante o direito positivo, tanto na Constituição da República como na legislação infraconstitucional.

O direito comparado mostrou-se extremamente importante para apontar dois enormes equívocos contidos na expressão: *o tribunal não está obrigado a apreciar todos os argumentos da parte*.

A doutrina italiana aponta para um erro lógico de magnitude, porquanto a sentença com fundamentação deficiente ou ausente constitui um erro lógico e, portanto, passível de anulação.

E o segundo equívoco constatado provém da doutrina portuguesa, muito sensível ao sistema de nulidades, a qual também aponta para a necessária revogação ou alteração da decisão, quando insuficiente ou mediocrementemente fundamenta.

O capítulo encerra-se com o projeto do novo Código de Processo Civil, o qual à época do desenvolvimento da presente encontrava-se em sua versão apresentada pela Emenda nº 1 – CTRCPC – Substitutivo – ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010.

E esse substitutivo trouxe valiosas e importantes contribuições para a difícil obrigatoriedade de se fundamentar adequadamente uma decisão judicial.

O Capítulo 3 trata da Cumulação de Ações, onde são examinadas as várias peculiaridades do instituto, sendo que a rigor seus elementos, modalidades e espécies já foram largamente esmiuçados pela doutrina pátria.

Fica evidenciado, entretanto, que o instituto processual da cumulação de ações guarda suas peculiaridades e complexidades naturais. E, uma em particular merece destaque, qual seja, a figura do litisconsórcio voluntário alternativo, pois até à época da elaboração desta encontrou-se apenas um precedente julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

No Capítulo 4 trata-se da Sentença, iniciando-se com seu conceito e sua estrutura lógica. E é nesse tópico que se inicia o aprofundamento do tema.

O exame da casuística mostrou-se extremamente enriquecedor, na medida em que se detecta perfeitamente um determinado período em que a fundamentação das decisões judiciais é um atributo do Estado de Direito. Depois, em momento posterior, passou-se a julgar que o juiz não está obrigado a julgar a questão posta a seu exame conforme o pleiteado pelas partes.

Adiante, examinam-se os dois principais recursos passíveis de serem manejados contra a sentença, a saber, a apelação e os embargos de declaração.

No item final do Capítulo, batizado de coisa julgada em face da ausência de apreciação de pedido cumulado, se encontra o campo ideal para o debate do tema, onde se pretende demonstrar com amplitude o tratamento dispensado ao tema pelas Cortes Superiores.

Verifica-se que o STF é obrigado a dar a interpretação correta ao dispositivo constitucional, logo a necessária e devida fundamentação das decisões judiciais no Guardião da Constituição goza de reconhecido e merecido status de direito e garantia constitucional.

Já na esfera de atuação do STJ a situação é distinta. Até certo momento aquela Corte da Cidadania comungou juntamente com o entendimento do STF. Há, entretanto, uma mudança perceptível, onde passou a vigorar a posição de que está desobrigado o Juiz a julgar a questão posta a seu exame conforme o pleiteado pelas partes. Justifica-se essa nova sistemática que pretende desafogar as pautas dos tribunais em homenagem aos tão perseguidos princípios da economia e da celeridade processual.

Por fim, resta um dado da realidade que permanece sem solução que é a busca de uma possível solução para o pedido ou causa de pedir que deixou de ser apreciada.

No âmbito do STJ percebe-se o mesmo movimento. Até determinado momento, a decisão que deixasse de apreciar pedido ou causa de pedir era considerada desagasalhada da coisa julgada. Em momento posterior, ainda tendo como justificativa desafogar as pautas dos tribunais, a mesma situação passou a ser considerada como acobertada pelo manto da coisa julgada.

Apresenta-se solução diversa, porquanto a ação de nulidade, observadas determinadas condições, acomoda melhor o tema por ser compatível com a ordem vigente.

2. FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA

2.1 O que é fundamentar?

Conceitos nem sempre são fáceis de ser elaborados: corre-se o risco de incidir em erros de diversas magnitudes o que, todavia, só faz aumentar a responsabilidade de quem os elabora.

Encontra-se, nos léxicos, para o verbo transitivo direto *fundamentar*, a definição, entre as possíveis, que nos interessa: Apresentar ou dar como fundamento ou como base; BASEAR(-SE); FUNDAR(-SE)¹

Constatamos uma troca de verbos, ou seja, uma sinonímia, de fundamentar para basear-se ou fundar-se.

A doutrina jurídica, por conta do estudo da sentença, aprofunda-se no tema da fundamentação, quando trata da sua esquematização lógica:

A esquematização lógica da sentença estrutura-se sob a forma de silogismo, em que a premissa maior é a norma a ser aplicada, enquanto que a situação particular, focalizada na ação, constitui a premissa menor. Figura a parte dispositiva da sentença, como silogismo.²

Ainda que esse conceito traga novos e interessantes elementos, mencionando premissa maior e premissa menor, ou a norma a ser aplicada na situação particular, tal conceito ainda parece ser uma simplificação do que de fato realmente acontece, quando o julgador fundamenta seu ato decisório.

Mas, há de se reconhecer, que essa idéia implica numa operação mental. Nela, o juiz faria uma seleção de norma ou normas, existentes no Direito objetivo, para aplicá-las a uma situação particular.

De um lado, via de consequência, tem-se a operação mental de interpretar o direito, para então escolher a norma aplicável ao caso concreto. E interpretar uma norma ou diversas normas, pois habitualmente incidem mais de uma norma em confronto, é uma operação mental complexa. Sobretudo, quando se torna necessário valorá-las, para encontrar aquela norma que é a preponderante.

Do outro lado, tem-se a situação particular, o fato. Esse fato também é objeto de acurada análise, se fazem necessários vários questionamentos, a começar pela existência ou não do fato e, assim, até eventualmente, mensurá-lo, quantificá-lo. Ainda que para a análise do fato o julgador possa se valer de auxiliares, com conhecimento técnico específico sobre o que versa o fato, é certo que, aqui também, trata-se de uma operação mental complexa.

¹ iDicionário Aulete. Disponível em:

http://aulete.uol.com.br/site.php?mdl=aulete_digital&op=loadVerbetes&pesquisa=1&palavra=fundamentar. Acesso em: 3 de janeiro de 2012.

² Marques, José Frederico, Manual de Direito Processual Civil, S. Paulo: Saraiva, 1987, vol. 3, parte 2, p. 28.

Ocorre que, reconhecendo que fundamentar implica numa operação mental complexa, seja na análise da norma e do fato, forçoso reconhecer que essa operação mental não é totalmente livre. A análise ou interpretação da norma deve ocorrer dentro de critérios previamente indicados pelo sistema. Ou seja, o interprete deve utilizar-se de métodos interpretativos existentes e entre eles encontrar aquele que melhor se ajusta para extrair a norma aplicável ao caso concreto. Nesse caso, a vinculação do intérprete é tamanha, que nem lhe é dado deixar de aplicar a norma, por lhe parecer injusta. Na maioria das vezes, vigora o princípio da legalidade. A equidade somente pode ser aplicada quando o próprio sistema expressamente admite, para fazer ceder à norma legal.

Quanto à equidade o sistema orienta-se no sentido de admiti-la em duas situações distintas, a saber: a primeira, quando: *em relação a um caso não previsto, a lei autorize ao juiz sua regulação não conforme o direito, mas conforme a equidade, o que quer dizer tomar o preceito respectivo da ética, em lugar de tomá-lo da lei*³.

E, a segunda, agora com o permissivo legal: *outra norma consinta, em consideração a razões particulares, que a lide seja decidida pelo juiz conforme equidade, isto é, como o faria se fosse legislador*⁴.

A equidade, sem sombra de dúvida, é um conceito bastante amplo, porquanto seu emprego pode servir para a colmatação de lacunas no sistema jurídico, nesse caso servindo, ante a ausência de lei, como parâmetro ético a ser aplicado pelo juiz. E, em outra situação, sendo expressamente admitida pelo próprio sistema, o juiz passa ser dotado de poderes específicos, pois ao julgar teria a mesma liberdade que o legislador teria ao criar a norma a ser aplicada ao caso concreto.

Para a análise do fato, igualmente, se faz necessário seguir critérios previamente estabelecidos pelo sistema. Nosso sistema de provas é rigoroso. Para a prova da estabilidade de uma estrutura civil, por exemplo, é necessário pessoa com formação específica sobre a questão, um engenheiro ou arquiteto. Ainda que um mestre de obras possa satisfazer o item conhecimento técnico, falta-lhe a formação acadêmica.

Postas as premissas de que a fundamentação é uma operação mental vinculada ao sistema, notamos que esse conceito encontra certo amparo na doutrina especializada no campo da Filosofia do Direito. A saber:

A teoria da decisão é, assim, uma espécie de teoria dos procedimentos institucionalizados que são verdadeiros programas de ação decisória. Esses programas não são, propriamente, ritualizações, embora não as excluam, pois não se reduzem a automatismos, exigindo, a todo momento, a transformação de questões indecidíveis em decidíveis, que de novo podem ser transformar em indecidíveis, até a decisão que termina a questão.⁵

Da elegante e refinada definição, focamos a expressão procedimentos institucionalizados que são verdadeiros programas de ação decisória. Temos neste ponto, a

³ Cernelutti, Francesco, Instituições do Processo Civil, S. Paulo:Classic Book, 2000 , vol. I, p. 115

⁴ Cernelutti, Francesco, op. e loc. cit.

⁵ Ferraz Jr, Tércio Sampaio, Introdução ao Estudo do Direito, S. Paulo: Atlas, 1989, p. 292.

idéia que buscávamos, qual seja, o fundamentar jurídico é um procedimento institucionalizado.

Nosso Código de Processo prevê procedimentos orais, como realizar o leilão para alienação de bens pelo leiloeiro (art. 705), obriga o uso do vernáculo (art. 156), impõe condutas (art. 17), limita a publicidade de atos processuais (art. 155), e outros comandos que modificam e alteram a realidade ou o curso natural dos acontecimentos.

Surpreendente é reconhecer que o Código estabelece procedimentos para a nossa maneira de pensar. O Código estabelece programas de ação decisória.

Repassa-se aqui alguns itens já examinados. O intérprete deve escolher a norma a ser aplicada ao caso concreto, através de métodos interpretativos existentes. Para a análise do fato deve, igualmente, seguir critérios estabelecidos pelo Código.

Existe, é claro, a liberdade de escolha. Mas ela é forçosamente vinculada a procedimentos previamente estabelecidos.

Fundamentar é, assim, um procedimento institucionalizado de decidir entre aquelas possibilidades que são previamente fornecidas pelo sistema.

Aqui, com o delineamento do tema já parcialmente encaminhado, é importante um parêntese para fazer a ressalva de que podem existir situações em que o juiz depara-se com ocorrências não perfeitamente identificadas no sistema de leis positivadas.

Certa doutrina⁶, discorrendo sobre as causas e efeitos da intensificação da criatividade jurisprudencial, anota, inicialmente, que isso constitui um típico fenômeno do nosso século. Acrescentando que:

Desnecessário acentuar que todas essas revoltas [contra o formalismo] conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido doutrinas tradicionais. Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e “balanceamento”; significa ter presentes os resultados práticos e implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise lingüística puramente formal, mas também e, sobretudo, aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia.

Nota-se que, na escolha a ser feita pelo juiz, além dos elementos da lógica e da análise lingüística dos textos legais existentes, outros elementos devem integrar esse complexo ato de decidir e que são oriundos de outras Ciências, entre as citadas pelo autor, a História, a Economia, a Política, a Ética, a Sociologia e a Psicologia.

Entre nós, vigora excelente trabalho sobre o tema das lacunas do direito. Embora não seja nosso tema principal de discussão, é imperativo trazer a lume que essa concepção

⁶ Cappelletti, Mauro, Juizes Legisladores?, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 33.

de que o juiz pode se valer de subconjuntos, para integrar o sistema jurídico é largamente debatido e exposto, pois afirma-se que existem dois mecanismos por meio dos quais se completa, dinamicamente, um ordenamento: a auto-integração e a heterointegração⁷.

Finaliza-se esse parêntese com a seguinte referência: todo ato de escolha não é um ato de liberdade; depende do patrimônio genético, do confronto de uma informação provinda do mundo exterior, com todo o cabedal de aprendizagem já armazenado pelo agente. Todo ato livre é determinado por algum motivo.⁸

Com isso, fica evidenciado que as preocupações com a integração do sistema normativo ocupa tanto os juristas do velho continente como os do neotrópico.

Voltando ao nosso tema, observamos que esse procedimento institucionalizado, equivalente da operação mental, embora se processe no âmbito subjetivo, na mente de quem decide, deve estar longe do campo da reserva mental. É necessário agregar que o procedimento deve – necessariamente - ser expresso. A comunicação do procedimento institucionalizado é essencial.

Essa comunicação, outrossim, deve ser adequada, qualificada pelo próprio Código de Processo, de maneira a afastar toda e qualquer obscuridade, contradição ou omissão (art. 535, CPC).

O processo, entre as definições possíveis⁹, é relação jurídica, que se concretiza no procedimento, e se constitui em uma série de atos. Ora, se a essência da exteriorização do processo se constitui numa série ordenada de atos, a fundamentação adequada deve estar presente concomitantemente com a exteriorização do ato decisório.

Mas, sabe-se que isso nem sempre ocorre.

Obscuridade, contradição ou omissão, podem ser esclarecidas, desfeitas ou colmatadas pelo próprio emissor da decisão, mediante provocação do interessado, normalmente uma das partes da relação processual, através dos Embargos de Declaração, com supedâneo no já mencionado art. 535, do CPC. Tal recurso será melhor examinado adiante.

Mas, para o momento, caso isso deixe de ocorrer, caso permaneça a obscuridade, a contradição ou a omissão, estaremos diante de um grave fato jurídico, com sérias consequências.

Uma decisão que seja fundamentada de maneira inadequada desafia recursos, de Apelação caso estejamos diante de uma sentença, ou de Recurso Especial ou Extraordinário, caso se trate de acórdão. Poderá ser, também, adequado o ingresso de Recurso Extraordinário, haja vista que o dever de fundamentar é um princípio constitucional, como adiante será examinado. O certo é que, independentemente do recurso a ser interposto por quem se sentir prejudicado, uma decisão inadequada é acometida de

⁷ Diniz, Maria Helena, *As Lacunas no Direito*, S. Paulo: Saraiva, 1989, p. 140.

⁸ Telles Jr, Goffredo da Silva, *O Direito Quântico*, 1971, pags. 159-160, apud Maria Helena Diniz, op. cit., p. 294.

⁹ Arruda Alvin, *Manual de Direito Processual Civil*, S. Paulo:RT, 1991, vol. 2, p. 216.

um grande mal jurídico, que é a nulidade. Pois: É nulo, por ofensa ao Art. 535 do CPC, o acórdão que silencia sobre questão formulada nos embargos declaratórios¹⁰.

A jurisdição é um poder que emana do Estado, logo tem o Estado o dever de prestá-la adequadamente, de maneira integral.

É um sem sentido prestar a tutela jurisdicional em parte, em fragmentos. Tampouco é dado ao Estado escolher como prestá-la, onde prestá-la e em que medida prestá-la, fora daquilo que está previsto no ordenamento jurídico. A questão analisada sob a ótica do jurisdicionado é, sem dúvida alguma, muito pior, porquanto nessa hipótese, onde argumentamos por absurdo, o jurisdicionado não tem onde recorrer ou a quem recorrer quando o Estado se nega a atendê-lo. Essa situação se traduz em forte abalo às estruturas do Estado.

A definição, por fim, é no sentido de que o fundamentar jurídico é um procedimento institucionalizado de decidir entre aquelas possibilidades que são previamente fornecidas pelo sistema, devendo ser obrigatoriamente expresso de maneira inteligível, preferencialmente no momento oportuno, sob pena de nulidade do ato decisório. E, caso a possibilidade seja ausente no sistema, o prolator da decisão deverá se valer dos sistemas de integração do direito validamente aceitos.

Uma vez que nosso tema trata da cumulação de pedidos, importa agregar que, na maioria das vezes, estaremos diante de um caso concreto que possivelmente deverá guardar certa complexidade. Nesses casos, o fundamentar jurídico exigirá quantos passos argumentativos forem necessários entre as premissas e as conclusões.

2.2 Obrigatoriedade da fundamentação

O Código de Processo Civil brasileiro estabelece que o processo se move por impulso oficial (art. 262, do CPC). Uma vez iniciado, uma vez provocada a jurisdição por iniciativa da parte, o processo busca seu objetivo, seu fim, que é o andamento e o término do conflito ou o encerramento da prestação da jurisdição provocada.

Mas não só do impulso oficial caminha o processo. Existem prazos para os serventuários, para o juiz, para o ministério público, para os auxiliares da justiça, para as partes, enfim, para todos que participam direta ou indiretamente do processo tomem providências concretas, tendo em vista a dinâmica processual.

O legislador, outrossim, procura qualificar a prática de determinados atos processuais estabelecendo os deveres, os ônus, as obrigações e outros meios de condução adequada do processo.

Ônus e obrigações, na maioria das vezes, são vistos como sinônimos. Mas encontra-se em conceituada doutrina, a seguinte distinção:

O ônus distingue-se da obrigação, pois, nesta, o devedor sofrerá, no plano lógico (do dever-ser do direito), as consequências de inadimplemento,

10 STJ, 1ª Turma, Recurso Especial 182382/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, j. em 17/06/1999, DJ 02/08/1999, p. 148. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >. Acesso em 5 de janeiro de 2012.

embora, praticamente isto possa, eventualmente, inoportunar. Já com relação ao ônus, nem mesmo no plano lógico, são inexoráveis as consequências, pois alguém poderá não ter contestado, mas, nem por isso, haverá, necessariamente, de perder a demanda, a qual poderá ser julgada improcedente.¹¹

Nota-se que a distinção de uma e de outra está assentada nas consequências. A obrigação implica em consequência, embora esta possa deixar de ocorrer. Já quando se trata do ônus as consequências são, ainda, mais tênues.

Trazendo esses conceitos para o campo dessa investigação, pode-se afirmar que a fundamentação é uma obrigação imposta ao Estado-juiz.

Se o fundamentar jurídico fosse uma escolha de quem decide, um ato discricionário, pouca ou nenhuma validade teria a sua definição e, logo, seu uso prático. Seria mero exercício acadêmico, distante de ser útil ou a qualidade de ser real no mundo empírico.

Ao deixar de fundamentar uma decisão, o juiz sofre nenhuma consequência no plano da sanção funcional. Mas o Estado-juiz e a estrutura que dá suporte ao sistema acabam por sofrer com uma carga extra de trabalho ou a repetição de trabalho.

Ora, se a ausência de fundamentação implica em nulidade da sentença, é certo que essa sentença deverá ser cassada, ou conforme o caso, substituída, pelo órgão superior. Na maioria das vezes, a cassação de uma sentença implica no retorno do processo para novo julgamento. Esse novo julgamento seria, então, a penalidade sofrida pelo Estado-juiz. Pois, além daquela carga de processos em trâmite, será necessário reexaminar um processo que poderia estar já concluído. E só deixou de ser concluído, no caso específico, porque ausente a obrigação de fundamentar.

Tal situação seria uma redundância processual, uma repetição, a princípio desnecessária, de um ato processual.

Este é um ponto que deveria ser levado em consideração pelo Estado, quando o tema é a efetividade da prestação da tutela jurisdicional.

Existem situações onde, muitas vezes, o custo pela ineficiência de um determinado serviço dilui-se entre um amplo número de pessoas de uma sociedade, mas que não recai sobre quem o ocasiona¹². Ou seja, o custo do moroso trâmite processual, que prejudica um grande número de jurisdicionados, por diversos motivos, atos e condutas, na maioria das vezes, não recai sobre quem o ocasiona. Seria relevante repensar o cumprimento de prazos não só pelas partes, mas pelas serventias, juizes, ministério público, oficiais de justiça, peritos e outros participantes do processo. Hoje o sistema de prazo processual, excluindo aqueles dirigidos às partes, é peça de ficção. Um sistema de compensação financeira seria um meio de fazer valer o que a lei processual estabelece

¹¹ Arruda Alvin, Manual de Direito Processual Civil, S. Paulo:RT, 1992, vol. 1, p. 296, nota 68.

¹² Mauro Cappelletti, em obra citada, lembra a demonstração de Kenneth J. Arrow, economista e ganhador de prêmio Nobel: O mesmo raciocínio vale em matéria de congestionamento do tráfego, quando não é imposto algum ônus para o aumento do número de automóveis ou de caminhões em trânsito nas estradas. Tal aumento acarreta atrasos e aumenta a possibilidade de acidentes; impõe, em resumo, um custo que não é suportado por quem o ocasiona(...). p. 38.

como, por exemplo, as custas por retardamento previstas nos arts. 22 (para o réu), 29 (amplo), 31 (parte), 113 § 1º (parte), 181 §2º (parte), 267 §3º (réu), 453 § 3º (amplo), 688 parágrafo único (escrivão, porteiro ou leiloeiro), todos do CPC. O rol poderia ser aumentado, assim como devidamente aplicado.

Voltando ao nosso tema, observa-se que o próprio decidir irradia-se entre aquelas possibilidades que são previamente fornecidas pelo sistema. Ou seja, o próprio Estado-juiz ao decidir, escolhe uma alternativa previamente existente entre aquelas impostas pela lei. Só raramente as alternativas decorrem da analogia, dos costumes ou dos princípios gerais de direito (art. 4º, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, com redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). Mas, mesmo assim, decorrem de um permissivo legal.

Decidir, como já se pronunciou o STF, é um ato de inteligência. Vejamos:

A decisão, como ato de inteligência, há de ser a mais completa e convincente possível. Incumbe ao Estado-juiz observar a estrutura imposta por lei, formalizando o relatório, a fundamentação e o dispositivo. Transgride comezinha noção do devido processo legal, desafiando os recursos de revista, especial e extraordinário pronunciamento que, inexistente incompatibilidade com o já assentado, implique recusa em apreciar causa de pedir veiculada por autor ou réu. O juiz é um perito na arte de proceder e julgar, devendo enfrentar as matérias suscitadas pelas partes, sob pena de, em vez de examinar no todo o conflito de interesses, simplesmente decidi-lo, em verdadeiro ato de força, olvidando o ditame constitucional da fundamentação, o princípio básico do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.¹³

Vale fixar que a fundamentação encontra sua razão de ser no princípio do devido processo legal. Aliás, é interessante notar que os princípios, garantias e exigências legais convergem para um núcleo central e comum, que é o devido processo legal. De se destacar, ainda, que o aresto firma taxativamente que a recusa em apreciar causa de pedir formulada pelas partes transgride comezinha noção do devido processo legal.

O conceito de devido processo legal origina-se de um documento do século XIII que limitou o exercício do poder absoluto pelo monarca da Inglaterra. Naquela oportunidade, reconheceu-se o direito de uma pessoa ser julgada ou por seus pares, ou pela lei da terra¹⁴.

O princípio de devido processo legal varia no espaço e evolui no tempo, porquanto ainda que formulado na Inglaterra do século XIII, comporta sua discussão no Brasil do início do século XXI. Aqui ainda procuramos os limites da atuação estatal, assim como buscamos amparar o particular, cercando-o de princípios e garantias na Constituição Federal, que acabam por influenciar, também, o processo civil.

¹³ STF, 1ª Turma, Recurso Extraordinário 435.256, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 26/05/2009, *DJE* de 21-8-2009. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> >. Acesso em 16 de janeiro de 2012.

¹⁴ A Magna Carta do Rei João sem Terra contém no seu art. 39, uma das cláusulas de maior importância ao longo do tempo (tradução livre a partir de uma versão em inglês: Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra. Disponível em: < <http://www.wikipedia.org> >. Acesso em 20 de janeiro de 2012.

Logo, a norma dirige-se ao Estado, pois:

A Constituição tem por escopo, privilegiando o princípio da constitucionalidade e o da legalidade, controlar a ação do Poder Público, não podendo, portanto, outorgar competências incontroláveis, que desequilibrem o uso dos poderes, que sirvam à opressão, aos interesses dos governantes, que sejam instrumento de desordem e anarquia¹⁵.

A Constituição, como vista, controla a ação do Poder Público, definindo a outorga de competências, equilibrando o uso dos poderes, impedindo a opressão e os interesses dos governantes, que sejam instrumento da ordem e da legalidade.

E, por certo, no campo da atuação do Estado, no que diz respeito à jurisdição, a obrigatoriedade do dever de fundamentar as decisões, impede a opressão e promove a impessoalidade, para que esta mesma jurisdição possa ser instrumento da ordem e da legalidade.

Embora erigida como princípio constitucional, a fundamentação, no mundo empírico ainda requer grande esforço dos operadores do direito para ter a interpretação devida, de acordo com os valores vigentes em nossa sociedade, no momento em que ocorrer o ato judicial de decidir.

2.3 Disposição constitucional

O processo, na visão constitucional recente, obteve importante destaque. Pois:

O processo, no mundo moderno, é manifestação de um direito da pessoa humana. Por esta razão, as Constituições se interessam por discipliná-lo, a fim de impedir que leis mal elaboradas possam levar à sua desnaturação, com o conseqüente prejuízo dos direitos subjetivos que deve amparar¹⁶.

Via de conseqüência, sob o aspecto da positivação, tem-se, nas disposições constitucionais, os princípios e as garantias que regem o processo.

Mas, considerando o processo como manifestação de um direito da pessoa humana, é perfeitamente adequado inseri-lo na esfera dos direitos e garantias individuais. Logo, podemos classificá-lo como direito de primeira geração¹⁷. Pois:

Os chamados direitos humanos de primeira geração concernem à delimitação da esfera de liberdade do indivíduo em relação ao poder estatal. São as denominadas liberdades públicas negativas ou direitos negativos, na medida em que exigem por parte do poder público um

15 Diniz, Maria Helena, Norma Constitucional e seus Efeitos, S. Paulo:Saraiva, 1989, p.13

16 Bastos, Celso Ribeiro, Curso de Direito Constitucional, S. Paulo:Saraiva, 1996, p. 208.

17 Nota do autor: É comum usar o substituto do termo “geração” por “dimensão”. A doutrina entende que este último é mais adequado, porquanto dimensão dá a idéia de que as anteriores permanecem integras, enquanto geração dá a entender que as anteriores deixaram de existir; o que é incorreto.

comportamento apenas de salvaguarda em relação a tais interesses, sem qualquer interferência efetiva nesta esfera de domínio particular¹⁸.

Ressalta-se aqui, sobremaneira, que o comportamento do poder público é apenas o de salvaguardar o direito das partes obterem uma decisão devidamente fundamentada.

Assim sendo, a fundamentação de todas as decisões judiciais é um princípio constitucional. E está assim positivado:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

...

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, ...(C F).

É preciso certo esforço interpretativo para se extrair da norma toda sua extensão.

Como a própria norma prevê, é necessária lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, a qual disporá sobre o Estatuto da Magistratura. E nela, entre outros princípios, deverá constar que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário terão suas decisões fundamentadas, sob pena de nulidade.

Está-se diante do que se classifica como norma com eficácia relativa complementável, ou dependente de complementação legislativa, assim definida¹⁹:

Há preceitos constitucionais que têm aplicação mediata, por dependerem de norma posterior, ou seja, de lei complementar ou ordinária, que lhes desenvolva a eficácia, permitindo o exercício do direito ou do benefício consagrado.

Mas, à época da promulgação da Constituição de 1988, vigia entre nós a Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979, também conhecida como Lei Orgânica da Magistratura Nacional, promulgada sob a vigência da ordem constitucional anterior e que vigora até o presente. E essa lei foi recepcionada pela Carta vigente, pois assim o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de decidir:

Até o advento da lei complementar prevista no art. 93, *caput*, da Constituição de 1988, o Estatuto da Magistratura será disciplinado pelo texto da Lei Complementar 35/1979, que foi recebida pela Constituição. (ADI 1.985, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-3-2005, Plenário, *DJ* de 13-5-2005.) No mesmo sentido: ADI 2.580, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 26-9-2002, Plenário, *DJ* de 21-2-2003; AO 185, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 17-6-2002, Plenário, *DJ* de 2-8-2002²⁰.

¹⁸ Silveira, Vladmir Oliveira da e Rocasolano, Maria Mendez, *Direitos Humanos – Conceitos, Significações e Funções*, S. Paulo: Saraiva, 2010, p. 143.

¹⁹ Diniz, Maria Helena, *Norma Constitucional e seus Efeitos*, p. 101.

²⁰ STF, Plenário, ADI 1.985, Rel. Min. Eros Grau, j. em 3-3-2005, *DJ* de 13-5-2005. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >. Acesso em 13 de janeiro de 2012.

Necessário dizer, entretanto, que há certa defasagem entre o art. 93 da atual Carta Constitucional e a Lei Complementar n. 35 de 1979.

No que tange aos princípios institutivos, ou seja, quanto à estruturação e atribuições do Judiciário, a Lei referida deve estar a contento, porquanto ainda vigente com algumas alterações pontuais, embora elaborada em outro momento histórico e político do país.

A primeira defasagem se dá no aspecto programático da norma, haja vista que se aguarda a iniciativa de Lei Complementar outorgada ao Supremo Tribunal Federal. Ou seja, o artigo 93 aguarda a iniciativa da Suprema Corte para a elaboração da legislação integrativa da vontade do constituinte. Há certo paradoxo na situação, porquanto se atribui, entre outras prerrogativas de função, competência ao Supremo Tribunal Federal para julgar o mandado de injunção, qual seja, o processo em que se pede a regulamentação de uma norma da Constituição, quando os Poderes competentes não o fizeram (art. 102, I, q, da CF). Aparentemente, ninguém se sentiu prejudicado pela omissão até o momento. Mas, a mora legislativa da Suprema Corte é evidente. Assim como, aparentemente, o novo Estatuto da Magistratura é aguardado já há algum tempo:

Prevê-se explicitamente a elaboração de um Estatuto da Magistratura, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, que certamente em muito deverá diferenciar da atual Lei Orgânica da Magistratura Nacional, quer na sua formulação, com ampla e democrática audiência dos setores interessados, quer no seu conteúdo, com a observância de que o Estatuto não deverá dispor sobre regras de organização judiciária ou de regimento interno²¹.

Enquanto aguarda-se a mudança de ventos no Planalto Central, a omissão pode ser objeto de múltiplas interpretações no espectro do direito constitucional. Alguém poderá lembrar, por exemplo, do preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na seguinte passagem:...tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos²², ...

Retornando ao tema de interesse, examinando o corpo da Lei Complementar n. 35/1979 nenhuma referência se encontra ao princípio das decisões fundamentadas.

O benefício consagrado aos jurisdicionados, é bom ressaltar, é assegurado porque, embora ausente aquela lei complementar que regulamenta a matéria, portanto sem eficácia plena, a norma constitucional, em si mesma, contém eficácia paralisante de efeitos de normas precedentes incompatíveis e impeditivas de qualquer conduta contrária ao que estabeleceu²³.

A matéria já foi abordada pelo STF, o qual entende que os princípios inscritos no art. 93 da CF têm plena e integral eficácia²⁴.

²¹ Figueiredo Teixeira, Sálvio de, O Processo Civil na Nova Constituição, Artigo inserto na Revista de Processo n. 53, S. Paulo:RT, Janeiro-Março, 1989.

²² Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-da-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> . Acesso em 2 de fevereiro de 2012.

²³ Diniz, Maria Helena, Norma Constitucional de seus Efeitos, p. 101.

²⁴ A aplicabilidade das normas e princípios inscritos no art. 93 da Constituição Federal independe da promulgação do Estatuto da Magistratura, em face do caráter de plena e integral eficácia de que se revestem aqueles preceitos. (ADI 189, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 9-10-1991, Plenário, DJ de 22-5-1992.)

Uma palavra, ainda, sobre a disposição constitucional: acima, afirma-se que a ausência de fundamentação implica em nulidade do ato decisório; agora, fica tácito que, ato decisório nessas condições deve ser considerado como inconstitucional. Pois:

Quaisquer normas, sejam de direito público, sejam de direito privado, não podem contrariar o comando constitucional, sob pena de ser decretada sua inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário. As normas constitucionais são supremas, a elas todas devem adequar-se²⁵.

Via de regra, a noção de constitucionalidade está ausente da maneira em que o operador do direito processual analisa seu objeto de estudo. Mas, nesse caso, considerando-se que a sentença é a aplicação da lei ao caso concreto, se violado o dever de fundamentar, estar-se-ia não só diante de uma mera nulidade processual, mas, sim, diante de uma sentença inconstitucional. Passível de correção, mediante a interposição de recurso extraordinário, a teor do art. 102, III, a, da CF.

2.4 Normatização Infraconstitucional

Ao mesmo tempo em que da Constituição se extraem os princípios e as garantias que devem ser aplicadas ao Processo, este – por sua vez – altera, modifica e, por assim dizer, atualiza os conceitos contidos naqueles princípios e garantias que lhes deram origem.

O ato judicial que comporte decisão, em nosso caso, a sentença, deve ser fundamentado. Se não, vejamos:

Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

...

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito. (CPC).

E as questões de fato e de direito estão relacionadas a outro dispositivo. A saber:

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

Pontes de Miranda pondera que a motivação está relacionada ao controle pelo mesmo ou novo julgador:

A necessidade de motivação é indeclinável. Cresce ela à medida que se dá ao juiz qualquer parcela, a mais, de livre apreciação. É preciso que, ao ter de ser reexaminado o despacho, ou a sentença, pelo mesmo juiz o pelo tribunal (ou pelo ocupante posterior do mesmo juízo, nos casos em que o Código não pode evitar, conforme o art. 132), o novo julgador possa tomar cada uma das premissas do proferidor da decisão, conferi-las e controlar premissas e conclusões²⁶.

²⁵ Diniz, Maria Helena, op. e loc. cit., p. 12/13.

²⁶ Aut. cit., Comentários ao Código de Processo Civil, Rio: Forense, 1974, vol. II, p. 388.

O renomado jurista valida o aspecto do reexame da decisão. Pois desconhecendo as premissas da decisão, com efeito, jamais poderiam ser conferidas e controladas suas decisões.

Celso Agrícola Barbi sustenta o dever de motivar como inibidor do arbítrio do julgador. Confira-se:

A liberdade concedida ao juiz na apreciação das provas não significa arbítrio. Para evitar que este surja, a parte final do artigo impõe ao juiz indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. Eles não constituem os fundamentos de fato a que se refere o art. 458, item II, mas sim a explicação de como o juiz se convenceu da existência ou inexistência dos fatos em que se baseia sentença²⁷.

Por certo que o juiz, ao explicar a razão de seu convencimento, sobre a existência ou inexistência de fatos, sobre os quais baseia sua sentença, está longe de ser arbitrário. Posto que ao assim agir, estará observando o que o ordenamento lhe prescreve.

Já José Frederico Marques põe em relevo os aspectos formais e essenciais da sentença, atribuindo ênfase na estrutura lógica. Assim exposto:

A motivação revela de como o juiz interpretou a lei e os fatos, pelo que deve vir exposta com clareza, lógica e precisão, a fim de que as partes tenham perfeito conhecimento da solução dada ao litígio, e às controvérsias surgidas na discussão deste²⁸.

Há um aspecto pragmático bastante relevante no conceito acima. Se por princípio adota-se que o processo, também, é um meio de pacificação, eis que põe termo ao litígio, na medida em que as partes tenham perfeito conhecimento da solução dada ao litígio, através de decisão que seja clara, lógica e precisa, a tendência ao convencimento das partes é maior, mais eficiente. Decisões com essas qualidades tendem a se impor pela alta carga de convencimento que possuem. Tais decisões geram o conformismo, sobretudo, àquele que recebe a decisão desfavorável.

Enrico Liebman entende que motivação é sinônimo de seriedade, sendo que sua ausência, por si só, é motivo de recurso. Confira-se:

O dever de motivação é uma importante garantia de seriedade e ponderação no julgamento, sendo imposto inclusive pela Constituição (art. 111); a omissão, insuficiência, ou contraditoriedade da motivação, quando referente a um ponto decisivo da controvérsia, é por si só motivo de recurso (c.p.c., art. 360, nº 5)²⁹.

É natural que mesmo se referindo ao sistema processual italiano, encontremos tanta ressonância em nosso sistema. Não é à toa que nosso sistema é tributário do caudaloso sistema processual italiano.

Moacyr Amaral Santos é mais generoso com o tema, discutindo-o com amplitude, dando-lhe o devido destaque:

²⁷ Aut. cit., Comentários ao Código de Processo Civil, Rio:Forense, vol. I, tomo II, p. 535.

²⁸ Aut. cit., Manual de Direito Processual Civil, S. Paulo: Saraiva, vol. 3, 2ª parte, p. 30.

²⁹ Aut. cit., Manual de Direito Processual Civil, Rio: Forense, 1984, vol. I, p. 244.

A sentença é ato de vontade, mas não ato de imposição de vontade autoritária, pois se assenta num juízo lógico. Traduz-se a sentença num ato de justiça, da qual devem ser convencidas não somente as partes como também a opinião pública. Portanto aquelas e esta precisam conhecer dos motivos da decisão, sem os quais não terão elementos para se convencerem do seu acerto. Nesse sentido diz-se que a motivação da sentença redundaria de exigência de ordem pública³⁰.

Esse jurista agrega importante elemento ao conceito, quando afirma que a motivação da sentença é exigência de ordem pública. Vale recordar, com brevidade, que a matéria de ordem pública reflete a supremacia do interesse público sobre o interesse particular; aquele sendo um imperativo, que deve ser reconhecido de ofício pelo julgador, para que se tenha a correta prestação jurisdicional por parte do Estado-juiz³¹.

E decorre desse conceito e classificação importantes consequências, posto que é dado ao juiz conhecer de matéria de ordem pública, mesmo sem a provocação das partes. Situando-se a questão de ordem pública justamente na sentença, é dado ao Tribunal ou Instância superior conhecer da matéria de ofício e a qualquer tempo. Ademais, serão objeto de apreciação pelo Tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

A doutrina, pela amostragem coligida, põe em relevo diversos aspectos da motivação, todos válidos. Os autores, como já examinamos, afirmam a necessidade da fundamentação do ato decisório. Ocorre, todavia, que cada doutrinador apresenta um aspecto pragmático distinto de outro. Vimos o controle da decisão por Pontes de Miranda; a inibição ao arbítrio de Celso Agrícola Barbi; os aspectos formais e essenciais da sentença por José Frederico Marques; a seriedade por Enrico Túlio Liebman e o aspecto da comunicação da sentença, por Moacyr Amaral Santos.

Desses aspectos, acima resumidos, dá-se ênfase ao da comunicação da sentença, por Moacyr Amaral Santos, o qual abre um importante tópico de discussão a respeito do tema aqui em estudo.

O alcance atual do estado da técnica de nossa sociedade valoriza a comunicação, isso é sabido por todos. O desenvolvimento das últimas décadas da tecnologia da informação, inclusive, reduz o mundo a uma “aldeia³²”, onde o progresso tecnológico reduz todo o planeta à mesma situação que ocorre em uma aldeia, ou seja, a possibilidade de se intercomunicar diretamente com qualquer pessoa que nela vive. Por extensão, torna-se natural que analisemos todo o resto com o mesmo aparato mental, no nosso caso, que a filosofia do direito veja o Direito como um fenômeno da comunicação. E, por consequência, a norma como um meio de transmissão de mensagens. Assim:

³⁰ Aut. cit., Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, S. Paulo: Saraiva, 1983, vol. 3, p. 19.

³¹ Miranda, Gladson Rogério de Oliveira. Prequestionamento nas questões de ordem pública. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 174, 27 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4606>>. Acesso em: 31 jan. 2012.

³² O termo foi criado por Marshal McLuhan (21.07.1911 – 31.12.1980) filósofo e educador canadense, conforme se vê da seguinte passagem: O rádio prova uma aceleração da informação que também se estende a outros meios. Reduz o mundo a uma aldeia ...cf. Os meios de comunicação como extensões do homem (*understanding media*), S. Paulo: Cultrix, 1979, p. 344.

...do ponto de vista estrutural, podemos dizer que, em síntese, como um todo, normas jurídicas são expressões de expectativas contrafáticas, institucionalizadas e de conteúdo generalizável. Compõem-se, destarte, de mensagens, emissores e agentes receptores...³³

Claro está que a norma jurídica é um fenômeno complexo. Mas compô-la (ou decompô-la) em mensagens, emissores e agentes receptores é identificá-la mais com elementos de comunicação do que normalmente se faz com todo o gênero e espécies de artigos, parágrafos, incisos, códigos, consolidações e outros, tidos como regras de direito ditadas pela autoridade estatal, ou conjunto de normas elaboradas pelo poder legislativo, ou obrigação imposta pela sociedade e, assim, sucessivamente.

Esse tratamento diferenciado para a norma jurídica, dispensado pelo jurista Tércio Sampaio Ferraz, permite-nos chegar mais amiúde ao tema em análise, que agora, passando a ser observado por essa nova concepção, estaria focado na mensagem emitida pelo Estado-juiz, no momento em que prolata uma sentença.

E na competência que lhe é peculiar, Sampaio Ferraz, ainda que tratando do fenômeno da tradução, observa que:

As estruturas formais de participação, hierarquização e relevância organizam a fala e marcam a competência horizontalmente, verticalmente e diagonalmente. Nessa ordem, o momento da relevância é fundamental, pois ele é responsável pela codificação dos valores dos símbolos em conexão³⁴.

Trazendo o fenômeno da tradução para nosso campo de estudo, pode-se admitir que a competência horizontal desenvolve-se no processo, onde ocorre a comunicação. A verticalidade está representada pelos agentes que atuam no processo, tais como partes, ministério público, magistrado e outros.

Nota-se que existe uma verticalidade, alto/baixo, que não representa necessariamente hierarquia propriamente dita entre esses agentes. Existe, sim, uma escala de importância maior atribuída ao discurso emitido pelos atores principais (notadamente partes, ministério público, peritos e assistentes técnicos e juiz), sem com isso querer desmerecer ou reduzir a importância dos demais agentes do processo, lembrando que uma simples certidão, ou a ausência dela – dependendo do seu teor - pode anular todo um processo, fazendo-o voltar ao seu ponto inicial (ex. *actio querela nullitatis insanabilis*).

Mas é certo que o Estado-juiz, um terceiro a quem as partes chamam para dirimir um conflito, tem a última palavra, posto que é através dele que se desenvolve a jurisdição e, via de consequência, o fim ou, ainda na visão de Tércio Sampaio Ferraz, a modificação do litúgio.

A verticalidade admite, ainda, o movimento dentro/fora. Para o processo essa diáde comporta outras considerações. No que tange às partes, o movimento fora/dentro está representado na intervenção de terceiros, nas suas modalidades especificadas pelo CPC entre os arts. 46 a 80. São instrumentos através dos quais se busca trazer para o processo, para o plano horizontal, aquele que está fora, mas dele deve participar nas hipóteses lá

³³ Ferraz Jr, Tércio Sampaio, op. cit., p. 111.

³⁴ Aut. et op. cit., p. 251.

previstas. Há o movimento no sentido contrário, qual seja dentro/fora, daquele que está no processo e dele pretende sair, sendo sua extrusão, via de regra, contemplada pelo art. 267, VI, do CPC (ilegitimidade de parte).

Mas a díade dentro/fora também tem importante incidência no discurso de cada um dos emissores ou receptores. É bastante comum a máxima forense de que aquilo que não está no processo, não está no mundo. Essa máxima é típica da organização do discurso que vigora no processo. Tem sua razão de ser, posto que trazer um elemento de fora, no processo incoado, significa surpreender a parte contrária. E isso, via de regra, implica em tumulto processual ou inversão de atos e formas processuais. O discurso, como se vê, deve ser coerente e, na medida do possível, linear ou pelo menos, seguir um roteiro prévio.

Nesse último aspecto, do discurso coerente ou pelo menos adstrito a um roteiro prévio, a díade dentro/fora é usada para manter o fluxo principal da comunicação. Agora, não mais excluindo, mas criando discursos paralelos, que seriam os incidentes processuais. São conhecidos ou previstos diversos deles. Fiquemos com o exemplo do incidente de impugnação ao valor da causa (art. 261, CPC). Sua autonomia é assim reconhecida: A autonomia estrutural do procedimento incidental é que o distingue da fase processual. A fase é caracterizada pela relação de parte ao todo como o procedimento e é elemento integrante deste último³⁵;

A discussão principal desenrola-se normalmente, sem que o incidente suscitado possa seja obnubilado. Isso garante que a comunicação principal seja mantida, sem interferências ou interrupções.

Mas é quando este agente, o Estado-juiz, emite sua mensagem (a sentença) que vamos observar a importância da competência diagonal. Explica-nos Tércio Sampaio Ferraz, ainda sobre a teoria da tradução, que:

O espaço, da comunicação, é, então, cortado diagonalmente por uma terceira díade organizadora, que lhe confere a forma cheia: claro/escuro. Os símbolos na fala se iluminam e se obscurecem. A luz revela e esconde. O foco lançado dá o enfoque³⁶.

Quando o Estado-juiz emite sua mensagem contida na sentença, há um corte diagonal. As mensagens dos outros emissores, as partes, serão iluminadas ou escurecidas (serão selecionadas aquelas mensagens que forem relevantes para a solução do processo; as que não forem relevantes serão escurecidas); um importante recurso, para a validade da própria mensagem do Estado-juiz, será iluminada, qual seja o resultado do objeto da prova (o discurso, a mensagem do oponente em desacordo com a prova, será esmaecida, ficará sem brilho, será escurecida).

Muito diferente, e aqui se debate, é ignorar o discurso/mensagem dos agentes ou, mais comumente, um dos agentes que atuam no processo. A comunicação estaria enormemente prejudicada, pois na medida em que o Estado-juiz deixa de recepcionar um ou mais pedidos (mensagens) do agente (parte) é como se houvesse exclusão no campo horizontal (fora); exclusão no campo vertical (extrusão da parte) e, sobretudo na díade diagonal, além do escuro, com a desfocalização total da mensagem, a qual passou a ser, simplesmente, excluída (fora da tela de percepção).

³⁵ Fernandes, Antonio Scarance, Incidente Processual, S. Paulo: RT, 1991, p.89.

³⁶ Aut e op. cit., p. 250.

A sentença bem fundamentada, portanto, leva em consideração todas as competências, a vertical, a horizontal e a diagonal. Sem o esclarecimento de Tércio Sampaio Ferraz, permaneceríamos sem saber como se forma o discurso que irá preponderar sobre os demais. Vejamos:

Não se trata de coação, pois pelo poder de violência simbólica o emissor não co-age, isto é, não se substitui ao outro. Quem age é o receptor. Poder aqui é controle. Para que haja controle é preciso que o receptor conserve as suas possibilidades de ação, mas aja conforme o sentido, isto é, o esquema de ação do emissor. Por isso, ao controlar, o emissor não elimina as alternativas de ação do receptor, mas as neutraliza ³⁷.

Quando no processo, o Estado-juiz elimina alternativas de ação do receptor (parte), estamos diante dos desvios do sistema (falhas de comunicação). São as violações aos princípios do contraditório, da isonomia, da legalidade e outros. São atos que, via de regra, comportam correção através dos recursos ofertados às partes.

2.5 Direito Comparado

I) Itália

Salvatore Satta enumera entre os motivos possíveis de cassação da sentença, a omissa, inepta ou contraditória motivação sobre um ponto capital da controvérsia, alegados pelas partes ou releváveis de ofício ³⁸.

Respeitadas as diferenças entre os sistemas recursais de Brasil e de Itália, o próprio Satta esclarece, após revolver a história da Revolução Francesa (1789), que a origem da cassação da sentença está associada com a proposta de anular as sentenças, não julgar ³⁹. Ínsita está a idéia de que a Corte de Cassação é juízo de direito, não de fato, e com isso pretende evitar a supressão de Instância ou de julgamento *per saltum*.

O sistema brasileiro, com a redação atual do art. 515 e seus parágrafos, do CPC, busca atenuar esse conceito originário de cassação, cedendo às instâncias práticas.

Voltando à codificação italiana, Satta ⁴⁰ observa que:

Sobre um horizonte sistemático, a previsão do n° 5 (do art. 360) concretiza aquilo que, fluentemente, se chama controle de logicidade do juízo; (...) Esta não é inclusão no juízo de fato, pelo menos no sentido empírico da distinção, pois que a lógica do juízo vai além do fato e do direito, sendo simplesmente lógica, e por assim dizer de fidelidade do processo.(...) Tal coisa decisiva não é que a Cassação se substitua ao juiz na oposição, mas dele exige que considere uma pretermitida possibilidade de um julgamento contrário.

³⁷ Aut. e op. cit., p. 251.

³⁸ Aut. cit., Direito Processual Civil, Pádua: Cedan, 7ª ed.; Rio: Borsoi, 1973, vol. II, p. 462.

³⁹ Aut. e op. cit., p. 457.

⁴⁰ Ibidem, p. 469/470.

O sistema de impugnações italiano, tendo em vista o pátrio, aparenta ser bastante complexo.

Cingindo-nos estritamente ao tema em debate, entretanto, e de acordo com aquela lei processual da Itália, a motivação omissão, inepta ou contraditória, é considerada como *error in procedendo*. E, portanto, passível de anulação pela Corte de Cassação.

Ainda que assim considerada pela legislação, o que se entende perfeitamente pelo seu aspecto prático, a doutrina faz importante distinção, considerando, na verdade, que a motivação ausente ou imperfeita constitui um erro lógico.

Em outro momento pretende-se explorar esse erro lógico, mas a argúcia do doutrinador é impar, digna de destaque, porquanto preterir a motivação pode possibilitar um julgamento contrário àquele que seria prolatado, caso a motivação se desse regularmente.

II) Portugal

O professor Alberto dos Reis doutrina sobre causas de nulidade de sentença, a partir da seguinte posituação:

Art. 668. É nula a sentença:

1º...

2º. Quando não especificar os fundamentos de facto e de direito que justificam a decisão; (Código de Processo Civil Português),

O direito lusitano empresta grande importância aos conceitos de inexistência, anulabilidade e nulidade, extensivos às modalidades relativas e absolutas. É inegável a influência que essa doutrina tem no direito brasileiro.

Logo de plano o professor Alberto dos Reis observa que:

...se a sentença transitar em julgado apesar de desprovida absolutamente de fundamentos, porque não se reagiu oportunamente contra a nulidade, a autoridade legal dela, a sua força executiva é precisamente a mesma que teria se estivesse fundamentada, pois que a nulidade fica sanada por falta de reclamação em tempo ⁴¹.

A doutrina brasileira guarda perfeita consonância com a doutrina lusitana. Posto que aqui, também, o efeito da coisa julgada é capaz de sanar as nulidades.

Mas enquanto a sentença não transita em julgado, em Portugal a falta de fundamentos tem influência decisiva no processo: compromete sua validade. E o renomado mestre apresenta razões de ordem substancial e prática. Vejamos:

Razão substancial. A sentença deve representar a adaptação da vontade abstracta da lei ao caso particular submetido à apreciação do juiz; ao comando geral e abstracto da lei, o magistrado substitui um comando particular e concreto. Mas este comando não se pode gerar

⁴¹ Aut. cit., Código de Processo Civil Anotado, Coimbra:Coimbra Editora, 1984, vol. V, p. 139.

arbitrariamente; porque o juiz não tem, em princípio, o poder de ditar normas de conduta, de impor a sua vontade às vontades individuais que estão em conflito, porque a sua atribuição é unicamente a de extrair da norma formulada pelo legislador a disciplina que se ajusta ao caso sujeito à sua decisão, cumpre-lhe demonstrar que a solução dada ao caso é legal e justa, ou, por outras palavras, que é a emanção correcta da vontade da lei.

Nessa exposição, nota-se que o doutrinador revela a importância que atribui ao silogismo na formação da sentença, e que o comando deve demonstrar que a solução dada ao caso é justa e legal, sob pena de gerar arbitrariedade. São conceitos bem explorados pela doutrina brasileira, como já se fez quando se reproduziu o entendimento de Celso Agricola Barbi.

Adiante, continua o professor Alberto dos Reis:

Razões práticas. As partes precisam de ser elucidadas a respeito dos motivos da decisão. Sobretudo a parte vencida tem o direito de saber por que razão lhe foi desfavorável a sentença; e tem mesmo a necessidade de o saber, quando a sentença admita recurso, para poder impugnar o fundamento ou fundamentos perante o tribunal superior. Este carece também de conhecer as razões determinantes da decisão, para as poder apreciar no julgamento do recurso.

Esses conceitos, também, são devidamente explorados pela doutrina pátria. A motivação como possibilidade e necessidade de controle pelo tribunal está exposta no entendimento de Pontes de Miranda sobre o tema.

O professor Alberto dos Reis colaciona algumas decisões judiciais sobre o n.2 do art. 668 do Código de Processo Civil Português. E em uma delas está, acredita-se, a origem do inconformismo sobre o tema da fundamentação da sentença. Assim:

Uma coisa deve ter-se como certa: O tribunal não está obrigado a analisar e apreciar todos os argumentos, todos os raciocínios, todas as razões jurídicas produzidas pelas partes (acs. do Sup. Trib. de Just., de 10-12-940; 7-1-941 e 12-10-943, Enc. Jur., 4º, pags. 8 e 14, Direito 76º, pág. 310; ac.do Sup. Trib. de Just. de 26-4-946, Bol. Of., 6º, pág. 132). Desde que a sentença invoque algum fundamento de direito, está afastada a nulidade do n.2 no tocante à justificação da decisão ⁴².

Como advertido ao iniciar o presente tópico, a doutrina portuguesa dá ênfase para a teoria das nulidades. Com efeito, a sentença que invoque algum fundamento de direito, não é nula. Mas quando a justificação é insuficiente ou medíocre, sujeita-se a sentença ao risco de ser revogada ou alterada em recurso, ainda que não produza nulidade. Nossos tribunais não se aperceberam da sutileza da doutrina portuguesa e, com extrema contumácia, validam decisões medíocres ou insuficientemente fundamentadas.

2.6 Código Projetado

O Código Projetado mantém a estrutura formal da sentença, em relatório, fundamento e dispositivo. Pois:

⁴² Aut. e op. cit., todos os excertos encontram-se na p. 141.

Art. 471. São requisitos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da contestação do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões que as partes lhe submeterem. (Emenda nº 1 – CTRCPC – Substitutivo – ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010).

A redação projetada é idêntica ao do vigente artigo 478 do Código Buzaid.

Mas, o Projeto traz um acréscimo ao conceito de fundamento da sentença no artigo seguinte. Assim:

Art. 472. O juiz proferirá a sentença de mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de sentença sem resolução de mérito, o juiz decidirá de forma concisa.

Parágrafo único. Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas, demonstrando as razões pelas quais, ponderando os valores em questão e à luz das peculiaridades do caso concreto, não aplicou princípios colidentes. (Emenda nº 1 – CTRCPC – Substitutivo – ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010).

A sentença é o momento máximo da prestação da tutela jurisdicional.

Todo o esforço que um processo possa conter, em conhecimento, gasto de tempo, gasto de capital, recursos materiais e horas de trabalho de diversas pessoas, está concentrada na expectativa de um só ato: a sentença.

Nessa esteira, é de todo razoável que o legislador reconheça a necessidade de que este ato, a sentença, seja bem elaborado e o mais completo possível.

A permissão legal para que a sentença sem solução de mérito seja decidida de forma concisa repete uma solução adotada pelo Código de Processo vigente que, aparentemente, está distante da melhor.

No atual Código de Processo a segunda parte do art. 459 está assim redigido: Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá em forma concisa.

A jurisprudência apresenta a mais variada gama de situações oriundas da aplicação do permissivo contido no referido art. 459 do CPC atual. Um caso, em particular, chama a atenção: o juiz ao sentenciar, fez remissão ao parecer que a parte fez juntar ao processo. Vejamos:

Direito processual. Decisão judicial que inatende o disposto no artigo 458 do Código de Processo Civil. Nulidade.

De acordo com o comando preconizado no Código de Processo Civil (artigo 458), a decisão judicial de mérito pode ser concisa, mas não

desmotivada, eis que, o fundamento da sentença e a garantia do juiz contra duas pechas que se lhe possam atribuir: o arbítrio e a parcialidade. Carece de fundamentação adequada o aresto que, ao invés de discutir e dirimir as questões fáticas e jurídicas ajustadas pelas partes, no processo, limita-se a fazer remissão a um parecer jurídico, o qual não se detém na apreciação e desate dos argumentos de uma das partes (a recorrente).

In casu, o acórdão recorrido, em leitura isolada do parecer, torna-se de impossível compreensão, comprometendo o preceito do artigo 458 da lei de processo civil.

Recurso provido para anular a decisão recorrida. Decisão unânime⁴³:

Essa situação, entre outras, torna defensável que tanto sentença com solução de mérito como sem solução de mérito devem ser decididas, leia-se fundamentadas, adequadamente.

É comum, como é de conhecimento de quem milita no foro, situações processuais em que as questões preliminares e de mérito, num primeiro momento, estejam reunidas de maneira muito estreita, impedindo por isso que sejam adequadamente individualizadas. Quem está habituado às lides forenses já se deparou com despachos que deixam de julgar conforme o estado do processo (art. 329 do CPC), sob entendimento de que a preliminar se “confunde” com o mérito.

Nesse aspecto, verifica-se que as condições da ação, especificamente a legitimidade de partes, é um juízo feito *a posteriori*, mesmo porque a afirmativa oposta, qual seja, de que é um juízo *a priori*, implicaria em reconhecer o julgamento de mérito na fase de formação inicial do processo.

Ora, se isso é relativamente comum, significa que nem sempre o exame da preliminar é uma operação simples. Podendo até demandar a fase probatória para que fique evidenciado o que é preliminar e o que é mérito. Ou seja, a causa, o processo, foi regularmente instruída, como se fosse para julgamento de mérito.

Logo, as chamadas questões preliminares exigem do julgador a mesma atenção e empenho em resolvê-las que as questões de mérito.

Oportuno relembrar a sempre inestimável lição sobre a cognição processual:

Ao longo do *iter* lógico em direção ao provimento final, o juiz deve conhecer de todos os pontos relevantes, de direito e de fato, alegados pelas partes, mesmo permaneçam eles incontroversos, e além de conhecer, também *resolver* as questões de fato e de direito, em que convertem os pontos controvertidos pelas partes ou relação aos quais alimente ele qualquer dúvida.⁴⁴

As chamadas questões prejudiciais, aquelas que estão colocadas logicamente como antecedente em relação ao conseqüente (no caso, o mérito) devem ser conhecidas, ou seja, são objeto de cognição, assim como de decisão.

⁴³ STJ, 1ª T, REsp 15188/SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. em 10/02/1993, DJ 15/03/1993, p. 3784. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >. Acesso em 11 de março de 2012.

⁴⁴ Watanabe, Kazuo, Da Cognição no Processo Civil, S. Paulo:RT, 1987, p. 79.

Decorre daí que a fundamentação deve ser de acordo com a complexidade das questões suscitadas como preliminares; o que, aparentemente, deixa de guardar consonância com a norma projetada, que é semelhante a atual fórmula, as quais permitem a motivação concisa.

É pacífico, outrossim, que a cognição é determinada pelo procedimento, sem estar, necessariamente, relacionada com o seu grau de menor ou maior complexidade, manifestada desde o singelo ponto até a questão controvertida. Novamente, acolhe-se o auxílio de quem melhor e mais demoradamente debruçou-se sobre o tema:

Em linha de princípio, pode-se afirmar que a solução definitiva do conflito de interesses é buscada através de provimento que se assente em *cognição plena* e *exauriente*, vale dizer, em procedimento *plenário* quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz, e *completo* quanto à profundidade dessa cognição. (...) “Processo ordinário” é, exatamente, aquele concebido com esse objetivo⁴⁵.

A situação tópica do art. 472, situado no Capítulo XIII – Da Sentença e da Coisa Julgada, jungido ao Livro II – Do Processo de Conhecimento, no Código de Processo Civil em Projeto, permite afirmar que a norma em comento se dirige, prioritariamente, ao processo plenário.

A fundamentação concisa da sentença parece melhor conformada com o procedimento dos Juizados Especiais. No microssistema dos Juizados Especiais consta que: A sentença mencionará os elementos de convicção do juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório (art. 38, *caput*, da Lei 9.099/95). E isso porque lá o microssistema é orientado pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (art. 3º).

A norma projetada pode, intencionalmente, estabelecer um campo de contato entre o microssistema do Juizado Especial e o Processo de Conhecimento, aliás como já faz o sistema processual civil atual. E, até mesmo, o intercâmbio entre os sistemas. Mas, as espécies – procedimento do Juizado Especial e Processo de Conhecimento - são bem definidas. Há necessidade de critério e rigor para que o equilíbrio no sistema seja mantido, pois, ao se inserir, sem cuidados, elementos do procedimento do microssistema do Juizado Especial no Processo de Conhecimento, esse equilíbrio pode ser alterado. Examinam-se algumas razões.

A possibilidade, ora em análise, de o juiz decidir de forma concisa, nos casos de sentença sem solução de mérito é perfeitamente adequada. Mas, é uma situação ideal. Seriam aqueles casos, baseando-se no Código Projetado, em que a petição inicial pode ser indeferida de plano. Vejamos:

Art. 305. A petição inicial será indeferida quando:

I – for inepta;

II – a parte for manifestamente ilegítima;

III – o autor carecer de interesse processual;

IV – não atendidas as prescrições dos arts. 103 e 295.

Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando:

⁴⁵ Kazuo Watanabe, op. cit., p. 85 (destaques do original).

- I – lhe faltar pedido ou causa de pedir;
- II – da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;
- III – contiver pedidos incompatíveis entre si. (Emenda nº 1 – CTRCPC – Substitutivo – ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010)⁴⁶.

Essa redação é pouco distinta do art. 295, do Código de Processo de 1973, pois houve a supressão de algumas hipóteses na norma do Código Projetado. Mas, todos os casos de indeferimento da petição inicial que permanecem enumerados pela norma projetada já são suficientemente analisados e consagrados pela doutrina atual.

São casos em que, realmente, o juiz pode decidir de forma concisa, sem precisar valer-se da cognição plena e exauriente.

Há outro comando legal, admitindo o indeferimento liminar da petição inicial ou do pedido e que está no seguinte dispositivo:

Art. 307. O juiz julgará liminarmente improcedente o pedido que se fundamente em matéria exclusivamente de direito, independentemente da citação do réu, se este:

I – contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II – contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

§ 1º - O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência a decadência ou a prescrição.

§ 2º - Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença.

§ 3º - Aplica-se a este artigo, no que couber, o disposto no art. 306.(Emenda nº 1 – CTRCPC – Substitutivo – ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010).

Decidir de forma concisa nos casos dos incisos I e II do art. 307 pode ser visto como uma ofensa ao princípio do devido processo legal.

A maneira existente para a parte demonstrar que seu caso é distinto da súmula dos Tribunais Superiores ou de entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, deve ter como início – justamente – o fundamento da sentença. Se a sentença for lançada de modo conciso, como a parte poderá demonstrar a inadequação entre o seu caso específico e a solução ofertada pela súmula dos Tribunais Superiores? Ou ao incidente de demandas repetitivas? Se ausente a resposta, continua-se a ter, por vias transversas, o que atualmente já é um enorme fardo para a parte, e por que não aos Tribunais, e que vem sendo denominado de ausência de prequestionamento, sendo que prequestionar significa levantar previamente a questão acerca de assunto ainda não ventilado (Min. Waldemar Zveiter – Voto-vista – REsp 51.163-1).

O sistema jurídico permanecerá pleno de interposições de embargos de declaração, agravos contra denegação de seguimento de recursos para os Tribunais Superiores. Ou seja, nada mudará se admitirmos que a sentença seja lançada de maneira concisa nessas hipóteses previstas pelo art. 307 da norma projetada.

⁴⁶ Emenda nº 1 – CTRCPC – Substitutivo – ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010. Disponível em < <http://professormedina.com/> > Acesso em 12.03.2012

E se ficar caracterizada uma ofensa ao princípio do devido processo legal, a norma que autoriza a sentença concisa nessas hipóteses é de ser tida como inconstitucional.

Admitir a sentença concisa em Processo de Conhecimento parece ser solução inadequada. Positivar o ensejo de menor trabalho ou de menor esforço para o Estado-juiz está longe de melhorar a prestação da tutela jurisdicional. A efetividade deve visar – também – a sentença devidamente fundamentada.

Aliás, o menor trabalho ou o menor esforço poderá dar ao conceito de sentença concisa um perigoso argumento para validar a falta, a ausência ou a insuficiente fundamentação dos atos decisórios. Hoje, com largo uso na expressão: O tribunal não está obrigado a analisar e apreciar todos os argumentos, todos os raciocínios, todas as razões jurídicas produzidas pelas partes. Tal, aforismo poderá ser facilmente alterado para: A lei autoriza o tribunal decidir de forma concisa, entendendo que aí se analisou todos os argumentos, todos os raciocínios, todas as razões jurídicas produzidas pelas partes. É flagrante a irracionalidade de tal argumento.

Mas, não é só. Os casos de sentença sem solução de mérito são tratados, a princípio, por outro artigo. A saber:

Art. 327. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:

- I – inexistência ou nulidade de citação;
- II – incompetência absoluta e relativa;
- III – incorreção do valor da causa;
- IV – inépcia da petição inicial;
- V – perempção;
- VI – litispendência;
- VII – coisa julgada;
- VIII – conexão;
- IX – incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização;
- X – convenção de arbitragem;
- XI – ausência de legitimidade ou de interesse processual;
- XII – falta de caução ou de outra prestação que a lei exige como preliminar;
- XIII – indevida concessão do benefício da gratuidade de justiça. (Emenda nº 1 – CTRCPC – Substitutivo – ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010).

O tratamento dispensado pela norma projetada é bastante eclético, p. exemplo, tratando de hipóteses de competência (II), exceções (V, VI e VII), pressupostos processuais (I e IV), condições da ação (IX e XI) e de incidentes processuais (XIII).

Seja como for, os itens IX e XI, casos clássicos de legitimidade de parte, merecem ser fundamentados adequadamente, pelas razões às quais já foram feitas referências.

Necessário seria analisar, portanto, cada caso, onde seja pertinente ou impertinente a fundamentação concisa da sentença. A tarefa é por demais extensa para o âmbito deste trabalho. E caso se relegue ao Estado-juiz solver o caso concreto, estaremos a positivar um poder discricionário excessivamente elástico. Tal poder, também como já

analisado, implicará em manter o sistema imperfeito, com forte tendência à redundância processual.

Ao invés de flexibilizar o fundamento da sentença no processo ordinário, o legislador poderia ampliar o campo de incidência do procedimento especial previsto pela Lei do Juizado Especial, atualmente em quarenta salários mínimos (art. 3, I, da Lei 9.099/95). Bastaria o legislador aumentar, por exemplo, o valor da causa para abranger um maior número de processos sujeitos aos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual, celeridade e, acrescentamos aqui, a sentença concisa.

Importante ressaltar que a cognição nos Juizados Especiais é plena e exauriente, tanto que a sentença prolatada no microsistema dos Juizados faz coisa julgada material.

Por outro lado, o parágrafo único ao art. 472 do Código Projetado emprega os termos *conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais e princípios jurídicos*, as quais necessitam exame.

Estamos diante de dinamogênese, assim definida: Pela dinamogênese, os direitos das gerações anteriores permanecem válidos nas seguintes, embora com roupagem nova, já que se alterou o paradigma desses direitos⁴⁷.

O novo paradigma, no âmbito do Código de Processo Civil, pode ser considerado através do processo justo, conforme se advoga:

Não basta que os direitos fundamentais estejam garantidos em nossa Constituição. Exige-se, em contrapartida, que o direito de acesso à justiça seja facilitado por mecanismos que efetivamente garantam a sua realização, ou em outras palavras, nenhum resultado prático será alcançado na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, se o Estado apenas inserir no ordenamento normas jurídicas prevendo condutas e estabelecendo sanções sem que se assegure a realização plena do acesso à justiça por meio de um processo que seja real instrumento de efetivação dessas normas, com vistas a se alcançar o seu escopo político, social e jurídico, sendo esta a atual função do processo civil em nosso sistema jurídico⁴⁸.

A luta por um processo efetivo não é nova. Já em 1987 Cândido Rangel Dinamarco apresentava sua proposta: Propõe-se a desmitificação das regras do processo e de suas formas e a correspondente otimização do sistema, para a busca da alcandorada efetividade do processo⁴⁹.

Antes do advento da Carta Magna de 1988, a corrente dominante do pensamento jurídico afirmava que o melhor enfoque a ser dado ao direito era através da interpretação teleológica, baseada nos fins sociais do direito e nas exigências do bem comum (art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil).

Tal concepção estava atrelada ao conceito de que o Estado deve prover o bem-estar social, forma de organização político-social, que se originou da Grande Depressão

⁴⁷ Silveira, Vladimir Oliveira da e Rocasolano, Maria Mendez op. cit., p. 231.

⁴⁸ Fonseca, Carlos Simões, Sincretismo Processual e Acesso à Justiça, S. Paulo: Ltr, 2009, p. 80

⁴⁹ Aut. cit., A Instrumentalidade do Processo, S. Paulo: RT, 1987, p. 10.

(1929), com a concepção básica de que existem direitos sociais indissociáveis à existência de qualquer cidadão.

Ocorre que, sob esse enfoque, o Estado brasileiro conseguiu organizar, quando muito, um 'arremedo' de Estado de bem-estar social, na tentativa de satisfazer algumas demandas da população desprotegida. A resultante desse enfoque no Poder Judiciário é conhecida dos operadores do direito: morosidade, burocracia, sistema recursal ineficaz, acesso restrito, favorecimento aos interesses dos grandes grupos econômicos e, assim, sucessivamente.

Com a Constituição atual, o enfoque a ser dado no processo passa a ser o dos Direitos Humanos, conforme nos adverte Carlos Simões Fonseca:

No Brasil não foi diferente, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988, que impulsionou um processo de modernização da legislação processual, com vistas a garantir a efetividade e a segurança dos direitos humanos, prestigiando-se o acesso aos órgãos jurisdicionais, garantindo-se de forma expressa o contraditório, a observância do devido processo legal, surgindo em nosso ordenamento um “direito processual constitucional” que foi o fator motivador das várias “minirreformas” do Código de Processo Civil mediante a implantação tópica de institutos jurídicos novos tendentes a simplificar o processo, com a preocupação de dar maior segurança e garantia à tutela de direitos⁵⁰.

Segurança e garantia à tutela de direitos são o novo enfoque do Código de Processo Civil. Agora, a melhor concepção do processo é aquela que tem em vista a garantia da efetividade e a segurança dos direitos humanos.

Há que se observar, ainda que de maneira sucinta, que há uma significativa mudança de critérios na maneira de se interpretar o direito posto. A anterior, a que prestigiava os fins teleológicos da lei, buscando o bem estar social, tinha em mira a melhor solução para a o grupo coletivo, para sociedade. A atual, que passou a validar os direitos humanos busca a satisfação do indivíduo, passa a considerar como relevante a solução que melhor atenda a individualização.

Paralelamente a esse conceito, desenvolvem-se instrumentos processuais para atender as necessidades de uma sociedade de massa, que prioriza o consumo, como por exemplo o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 930, Emenda nº 1 – CTRCPC – Substitutivo – ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010).

Logo, chegamos a constatação de que: o utensílio produzido em massa é a ferramenta da variedade individual⁵¹. Possivelmente estaremos, em breve, inaugurando aquilo que poderá vir a ser conhecido como direito “prêt-à-porter”.

Seguindo-se adiante, é inovador ter como argumento, por exemplo, que a decisão que deixa de observar o devido processo legal, está ofendendo direito humano da parte. Futuramente, tal conceito há de abrir o conceito de processo de maneira inigualável.

⁵⁰ Aut. e op. cit., p. 82.

⁵¹ Bauman, Zygmunt, Modernidade Líquida, R. Janeiro: Zahar, 2000, p. 99.

Há tempos a doutrina ressen-te-se de uma maior internacionalização da ciência processual, como se constata de palestra proferida pelo professor Barbosa Moreira:

..., o da tendência à internacionalização da ciência processual, que vimos procurando acompanhar pelos modos possíveis, não obstante a lentidão com que de hábito se movem os nossos poderes públicos no que concerne a tratados sobre cooperação internacional das Justiças e a ratificação desses tratados⁵².

Imagine-se a situação onde a reiterada supressão dos direitos humanos, através da violação da cláusula constitucional do devido processo legal, possa ser levada ao conhecimento das Cortes Internacionais de Justiça⁵³.

Volvendo ao tema em estudo, o parágrafo único ao art. 472 da norma projetada, menciona conceitos juridicamente indeterminados que são aqueles em que a lei estabelece uma esfera de realidade cujos limites não aparecem bem precisos em sua enunciação, apesar de pretender um pressuposto concreto. Sua importância se dá quando se procura definir a tutela judiciária do cidadão, frente à Administração Pública. É um método de interpretação, tendo em vista a supervisão da atividade administrativa, com especial destaque e atenção no exercício dos poderes discricionários⁵⁴. Por certo é um conceito aplicável aos demais ramos do direito, mas é importante fixar, para o momento, que se trata de um método interpretativo.

As cláusulas gerais, outro conceito contido no parágrafo único ao art. 472 ora em comento, seriam mecanismos para, em sistemas codificados operantes em realidades de profunda mudança social e de necessidade de introdução de valores éticos, permitir a operatividade dos princípios jurídicos⁵⁵. Citam-se boa fé, responsabilidade objetiva, dano moral, melhor interesse do menor, função social da propriedade e outros. São os antigos *standards* jurídicos, agora sob novo enfoque, mas, de igual maneira aos anteriores, dependem da valoração da sociedade no momento em que são aplicados, para adquirirem certa uniformidade, como há tempos fazia-se com as expressões, p. exemplo, mulher honesta, trabalho noturno, e outros. São apenas fórmulas valorativas que auxiliam na interpretação do direito.

Já os princípios jurídicos são distintos das categorias tratadas anteriormente. São elementos que fazem parte da estrutura do sistema. Uma vez mais, acolhe-se o entendimento do professor Tércio Sampaio Ferraz:

⁵² Barbosa Moreira, José Carlos, Os Novos Rumos do Processo Civil Brasileiro, Conferência inserta na Revista de Processo, S. Paulo:RT, Abril-Junho de 1995, n. 78, p. 143.

⁵³ Nota do Autor: A Lei Maria da Penha dá bem da dimensão de como o Estado brasileiro enxerga a efetividade dos direitos humanos, pois foi através do Centro pela Justiça pelo Direito Internacional e o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (Cladem), juntamente com a vítima, após formalizaram uma denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, é que se criou com melhor ênfase a possibilidade da positivação da proteção à integridade física da mulher no Brasil.

⁵⁴ Baracho, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral dos Conceitos Legais Indeterminados. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/26264/teoria_geral_conceitos_legais.pdf?sequence=1>. Acesso: 16.02.2012

⁵⁵ Penteado, Luciana de Camargo. O “que” de Específico nas Cláusulas Gerais. Disponível em:<http://www.direitogv.com.br/subportais/raiz/RDGV_01_p149_152.pdf>. Acesso: 16.02.2012.

De qualquer modo, ainda que se entenda que possam ser aplicados diretamente na solução de conflitos, trata-se não de normas, mas de *princípios*. Ou seja, não são elementos do *repertório* do sistema, mas fazem parte de suas *regras estruturais* (...), dizem respeito à relação entre as normas do sistema, ao qual conferem coesão⁵⁶:

Tendo essa qualidade, os princípios são aplicados sem especificações maiores. Lembra Tercio Sampaio Ferraz que: Observe-se que a expressão “princípios gerais” é tomada como premissa maior sem especificações. São regras de coesão que constituem as relações entre as normas como um todo⁵⁷.

Uma vez que se está diante de categorias distintas, ou seja, de métodos interpretativos (conceitos juridicamente indeterminados), fórmulas auxiliares na interpretação do direito (cláusulas gerais) e normas estruturais (princípios gerais), entende-se que a enumeração empregada pelo código é exemplificativa, também denominada de *numerus apertus*.

Ganha, portanto, destaque iminente o segundo período do parágrafo: o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas, demonstrando as razões pelas quais, ponderando os valores em questão e à luz das peculiaridades do caso concreto, não aplicou princípios colidentes. (Projeto do Código de Processo Civil).

Está-se, claramente, diante do emprego de métodos interpretativos. Interpretar, sob o aspecto jurídico, é determinar o sentido das normas, o correto entendimento do significado dos textos e suas intenções, tendo em vista a decisão de conflitos. Lembrando o insigne Miguel Reale: Não há direito sem interpretação, como se sabe, desde que foi revelado o círculo vicioso que se oculta na velha parêmia *interpretatio cessat in claris*, visto como afirmação de clareza já é o resultado de um ato hermenêutico⁵⁸.

Ocorre que a interpretação dos textos legais e demais fontes de direito pelo juiz no mister de sua função é tarefa ininterrupta.

Mais adiante, o citado jurista continua:

Resulta desse fato (de que não há norma sem que haja interpretação) que, ao procurar compreender a norma jurídica, ou seja, querer determinar o alcance da prescritividade valorativa inerente à formula legal objetivada, o intérprete refaz, de certa forma, o caminho do legislador: vai da norma ao fato, mas tendo presentes os fatos e valores que condicionaram o aparecimento desta, bem como fatos e valores supervenientes⁵⁹.

A segunda parte do parágrafo único ao art. 472 do Código Projetado descreve o conceito tridimensional do direito, que tem em Miguel Reale seu grande expoente.

Há, contudo, um acréscimo que chama atenção, qual seja, a expressão: *princípios colidentes*. Segundo Robert Alexy, citado por Carlos Simões Fonseca, a maneira de resolver o conflito entre princípios é através: da regra da proporcionalidade dos princípios,

⁵⁶ Aut e op. cit., p. 223.

⁵⁷ Aut. e op. cit., passim, p. 223.

⁵⁸ Reale, Miguel, Teoria Tridimensional do Direito, S. Paulo: Saraiva, 1986, p. 112/113.

⁵⁹ Aut. e op. cit., p. 113.

cujos critérios orientadores são adequação (pertinência), necessidade (exigibilidade, ou ainda escolha dos meios mais suave) e proporcionalidade (em sentido estrito de sopesamento)⁶⁰.

Tal regra de proporcionalidade, a toda evidência, é de grande utilidade para resolver conflitos entre princípios, pois através dela, permite-se ao aplicador do direito ponderar as circunstâncias do caso concreto.

Feitas as considerações necessárias, concluí-se que a disposição normativa projetada contém dois períodos que podem ser lidos independentemente, embora dêem a impressão, num primeiro momento, de que se trata de períodos coordenados entre si.

O primeiro período estabelece a obrigatoriedade de fazer constar, no fundamento da sentença, o método interpretativo que foi empregado para dar sentido (compreensão) para norma ou normas que foram empregadas para solver o litígio.

Indiscutivelmente a orientação é de todo positiva, vindo a favor do aperfeiçoamento da fundamentação da sentença.

Já o segundo período exige que no fundamento da sentença restem demonstradas as razões pelas quais, ponderando os valores em questão e à luz das peculiaridades do caso concreto, não se aplicou princípios colidentes.

Via de regra, no confronto representado pelas pretensões das partes existem princípios que são colidentes. Em todo o âmbito do sistema jurídico existem princípios colidentes que devem ser resolvidos, por exemplo, o princípio da menor onerosidade, positivado no art. 620 do CPC, que determina ao juiz que faça a execução pelo modo menos gravoso ao devedor, eis que o processo não se presta para vingança privada, indo além do necessário à satisfação do credor. Enquanto estamos tratando de princípios consagrados, a situação é confortável. Ocorre, todavia, que existem princípios colidentes que estão por ser resolvidos, por exemplo, o conflito entre o direito à vida e o direito de dispor da vida (eutanásia). São situações ainda não resolvidas que, certamente, necessitarão de um enorme esforço interpretativo para resolver princípios colidentes de tamanha magnitude.

Verifica-se que a norma projetada que trata da fundamentação da sentença, em seu aspecto geral, andou bem. Há a necessidade de se definir com precisão os contornos do permissivo contido na expressão *decisão concisa*. No mais, a norma serve de ótimo parâmetro para auxiliar na difícil obrigatoriedade de fundamentar adequadamente uma decisão judicial.

⁶⁰ Aut e op. cit., p. 67.

3. CUMULAÇÃO DE AÇÕES

3.1 Generalidades

O Código de Processo vale-se da expressão *cumulação de pedido*, por exemplo, no art. 292, mas a doutrina e a jurisprudência preferem o termo *cumulação de ações*.

Parte da doutrina, entretanto, defende o uso da expressão *cumulação de pretensões processuais*, conforme se segue: Rigorosamente, a pluralidade de ações é pluralidade de pretensões processuais, de “ações”. Somente, porque coincidem, de regra, aí, as ações de direito material e as “ações”, é que se deixa de frisar o exato sentido⁶¹.

Percebe-se que o uso da expressão *cumulação de ações* decorre da coincidência entre a pretensão de direito material e a processual, mas cabe a exceção, ou seja, deixa de haver a *cumulação* quando há somente pluralidade de fundamentos para a mesma pretensão processual.

A expressão *cumulação de pretensões processuais* aparenta ser a mais correta, todavia, adota-se para o fim do presente estudo a *cumulação de ações*, por ser de curso mais habitual.

Feita a ressalva, o art. 301, § 2º, do CPC, fornece o substrato da *cumulação de ações*, porquanto disciplina que: Uma ação é idêntica à outra quando têm as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. Logo, variando um ou mais desses elementos, partes, causa de pedir ou pedido, poderemos estar diante de uma *cumulação de ações*.

Vale observar, ainda que em caráter geral, que do art. 301, § 2º, do CPC, decorrem, por óbvio, outras consequências, encadeamentos e agregações com demais dispositivos do CPC, sendo alguns indispensáveis para o desenvolvimento do tema principal, outros, também importantes, serão, entretanto, apenas mencionados para concatenação de idéias.

A norma mirada pode abrir a possibilidade de fazer-se uma distinção básica entre o direito material e o direito processual, sendo comum encontrar-se, também, referências ao plano do direito material e ao plano do direito processual. É curial, assim como perceptível, a diferença entre os planos citados. Pois:

Quando, em determinado caso, faltam as condições da ação ou mesmo uma delas (interesse e legitimação para agir), dizemos que ocorre carência de ação, devendo o juiz negar o julgamento de mérito e então declarar inadmissível o pedido⁶².

Nessa esteira, o interesse da parte ou sua legitimação para agir, situadas no plano processual, manifestam com exatidão sobre a possibilidade de o juiz conhecer o pedido, situado este no plano material. A dinâmica da movimentação entre os planos, fazendo-os

⁶¹ Pontes de Miranda, Código de Processo Civil, Rio:Forense, 1974, tomo IV, p. 71, No mesmo sentido: Arruda Alvin, Manual de Direito Processual Civil, S. Paulo:RT, 1992, vol. I, p. 249, onde também defende o uso da expressão *pretensões processuais*.

⁶² Liebman, Enrico Tulio, op. cit., p. 151.

com que coincidam ou discordem entre si operam de maneira definitiva sobre o resultado da ação.

A multiplicidade de combinações entre os planos, outrossim, admitem ou deixam de admitir a apreciação do pedido. A ausência do plano processual compromete o plano material. Mas a presença do plano processual torna incerta a existência do plano material. Inegável, entretanto, a existência do encaixe perfeito dos planos material e processual, conjuntura favorável em que o juiz aprecia o pedido e o declara em favor do autor.

Mas, talvez, por muito incerta e aleatória que seja a ocorrência desse encaixe entre os planos deixou-se de reproduzir o teor do art. 75 do CCB de 1916 no CCB vigente: A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura. Fica, entretanto, evidenciado que apenas o direito é insuficiente para o manejo da ação que o assegura. A relação inversa também é verdadeira, a existência de ação é insuficiente para garantia do direito.

Neste contexto, salientando-se sempre o tema da fundamentação da sentença, oportuno observar que o objeto de conhecimento do juiz é mais amplo que o direito material perseguido, normalmente, pelo autor em juízo. E é relevante observar que a parte formula o pedido sem que, por admirável ou pitoresco que seja, pugne em sua inicial para ver declarada sua legitimidade de parte ou o seu interesse de agir. Assim:

Em síntese, o objeto da cognição do juiz, que abrange o próprio processo, adquire uma dimensão maior que o objeto litigioso, ou *thema decidendum*, ou mérito, em princípio definido, irreversivelmente, como ação material, *ex vi* do art. 301, § 2º⁶³:

A melhor técnica, obviamente, buscará preencher os requisitos do plano processual, sem, todavia, pedir expressamente sua declaração. Caberá, entretanto, ao réu apontar essas deficiências, caso em que, constatadas pelo juiz, serão objeto de considerações e devida fundamentação na sentença. Importante agregar-se que em se tratando de condições da ação, a exemplo do que ocorre com os pressupostos processuais, sendo ambas consideradas matérias de ordem pública, permite-se ao juiz conhecê-las de ofício.

Um tema de expressiva magnitude, objeto de acurado estudo de juristas diz respeito ao art. 474, do CPC, cuja literalidade toma-se aqui, também, emprestada: Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento ou rejeição da lide.

A interpretação literal do dispositivo pode dar a entender que mesmo as alegações e defesas que deixaram de ser formuladas podem ser acobertadas pela coisa julgada material. Todavia, impõe-se, desde logo, afastar essa possibilidade. Pois aqui se entende que: Fica a determinação do conteúdo do processo, assim, ao arbítrio das partes (por não quererem ou não poderem) levantar questões, aplicando-se à posição individualista do processo⁶⁴.

Após percuciente e cerrada reconstituição das origens do dispositivo no Código de Processo de 1939, baseado no Projeto de Código de Processo Civil elaborado pela Comissão presidida por Ludovico Mortara, em 1926, para a Itália, assim como na influência do conceito de lide de Carnelutti no pensamento de Alfredo Buzaid, chegou-se a seguinte proposição, pouco distinta da anterior, mas por certo com inefável refinamento:

⁶³ Assis, Araken de, *Cumulação de Ações*, S. Paulo:RT, 1992, p. 107.

⁶⁴ Alvim, Thereza, *Questões Prévia e os Limites Objetivos da Coisa Julgada*, S. Paulo:RT, 1977, p. 97.

...a coisa julgada envolve todas as questões cuja solução seja um pressuposto da decisão final da causa, estejam elas expressas ou não, na petição inicial, mas as questões que não forem invocadas pelo autor ficarão fora da demanda, embora pertençam à lide⁶⁵.

Feita a reconstituição do dispositivo no âmbito histórico em que foi gestado, deve-se perquirir sobre a melhor interpretação que os estudos posteriores emprestam ao tema.

E, assim, a doutrina confere ao art. 474 uma coesão indissociável com a causa de pedir, formulada pelo autor na sua petição inicial. E na mesma força de proporção, mas de sentido inverso, pela defesa agora formulada pelo réu contra a causa de pedir.

Ocorre que a causa de pedir pode trazer consigo um encadeamento, um entrelaçamento de fatos que podem ser agrupados, como se formassem um conjunto, ou podem apresentar-se dispersos, individualizados, sem aliança ou proximidade.

Quando os fatos formam um grupo, um conjunto pertinente, um encadeamento, quando possuírem um liame entre cada um deles, é possível aplicar-se o que estabelece o art. 474 do CPC, ou seja, entre um conjunto de fatos que possuem um liame entre cada um deles, se o autor apresentar, por exemplo, um só fato, entende-se que todos os demais foram apresentados. E se o réu apresentou ou contrapôs apenas um fato àquele ofertado pelo autor, considera-se que todos os demais a ele compatíveis foram, igualmente, apresentados com a defesa.

Aos fatos compatíveis com aqueles que foram efetivamente apresentados, mas por uma escolha do autor ou do réu deixaram de ser formulados, estendem-se os efeitos objetivos da coisa julgada material. Vejamos a questão sob o prisma exemplificativo, onde primeiro está a seguinte proposição:

Na ação de rescisão de contrato parciário, por nós utilizada como exemplo, as questões que hão de ficar decididas, na forma da concepção do artigo 468, serão as pertinentes à demanda proposta, ficando estabelecido que cada demanda terá uma configuração peculiar, com a estrutura que o autor lhe emprestou, de modo que a sentença há de abrangê-la, integralmente, sejam ou não deduzidas as alegações e defesas pertinentes.

Extraia-se que as questões seriam as possíveis causas de pedir, que darão à demanda uma feição peculiar, de acordo com a escolha feita pelo autor, mas que a sentença abrangerá todas as causas de pedir pertinentes, sejam ou deixem de ser deduzidas em alegações e defesas. Após a proposição, o exemplo com maior detalhamento:

Se o fundamento exposto na inicial foram os danos ocasionados culposamente à colheita, ter-se-á de identificar nessa demanda, como seu verdadeiro fundamento (*causa petendi*), além do fato descrito (sucessos históricos), todos os outros que com ele sejam compatíveis, de tal modo que a reapreciação de fato dessa mesma cadeia, numa futura demanda, resultasse numa decisão discrepante (Schwab).

⁶⁵ Baptista da Silva, Ovídio A., *Sentença e Coisa Julgada*, P. Alegre: Fabris Editor, 1988, p. 157.

Nota-se que a pedra de toque está na estreita relação do pedido de rescisão de contrato em decorrência da conduta culposa do réu. E, a seguir, a conclusão de que:

Ter-se-ão, pois, como decididas (implicitamente) - porque são, na verdade, questão da lide submetida pelo autor ao juiz – todas as possíveis causas que possam dar lugar à rescisão do contrato sob alegação de inadimplemento culposos do demandado, atribuível a sua inaptidão técnico-profissional; mesmo uma futura demanda por falta de pagamento, se este inadimplemento for devido à inexistência de condições financeiras de pagamento, o que seria, igualmente, uma forma de inaptidão profissional do empresário, estaria vedada, porque essa questão fora alegação pertinente à primeira demanda (art. 474) ⁶⁶.

Apenas para melhor elucidação do exemplo, o Decreto nº 59.566/66, o qual regulamenta o Estatuto da Terra (Lei n.4.504/64), arrola algumas causas de extinção do contrato, entre elas, constantes dos incisos IV e VI, do art. 32, que podem caracterizar a culpa ou dolo do arrendatário. São elas o dano causado à gleba ou às colheitas (inciso IV) ou o abandono total ou parcial do cultivo (inciso VI).

Pode-se idealizar a situação em que o arrendador promova a rescisão do contrato por culpa do arrendatário que, utilizando-se de técnica inadequada – emprego de excesso de defensivo agrícola - tenha causado dano à gleba. Supondo-se que tenha insucesso na ação, pelo entendimento doutrinário do art. 474, do CPC, uma nova demanda, onde se pleiteie a rescisão do contrato por culpa do arrendatário que, utilizando-se de técnica inadequada, agora tenha causado dano à messe, estaria acobertada pelo manto da coisa julgada. O arrendador estaria impedido de renovar a ação nesse exemplo.

O STJ já teve oportunidade de decidir que:

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 468 DO CPC. EFEITOS DA COISA JULGADA. AÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL TRANSITADA EM JULGADO. NOVA PRETENSÃO ATRAVÉS DE AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITOS. QUESTÕES JÁ DEBATIDAS OU QUE PODERIAM TER SIDO SUSCITADAS NA PRIMEIRA AÇÃO. MESMA CAUSA DE PEDIR, MAS SOB OUTRA ALEGAÇÃO. EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA. INCIDÊNCIA DO ART. 474 DO CPC. PRECEDENTES.

1. Hipótese em que se alega violação ao art. 468 do CPC, ao argumento de que os efeitos da coisa julgada referentes à ação de embargos à execução não podem ser extensíveis à presente ação declaratória de inexistência de débitos atinentes à contribuições previdenciárias.

2. Segundo a Corte regional, a sentença que julgou a ação de embargos à execução anteriormente proposta pelo ora recorrente, e já transitada em julgado, reconheceu-lhe a imunidade tributária, concedida a entidades filantrópicas, apenas em parte do período requerido. Pleiteou-se, naquela oportunidade, a anulação das contribuições referentes ao período de maio de 1995 a agosto de 1998, sendo-lhe concedida a imunidade entre setembro de 1995 e fevereiro de 1996, quando o certificado e registro de entidade de fins filantrópicos teria deixado de ter validade. Já nesta ação declaratória de inexistência de débito requer-se o reconhecimento da

⁶⁶ Baptista da Silva, Ovídio A., op. cit, exemplos constantes em passim, especificamente págs. 169/179.

inexigibilidade das contribuições previdenciárias também sob a mesma premissa, qual seja, ser a recorrente entidade beneficente de assistência social e, portanto, imune, em período já contido no exame dos embargos à execução (competências de março de 1996 a agosto de 1998).

3. Após a formação da coisa julgada material, as alegações que já sofreram a análise do juízo ou foram desconsideradas, por desinfluentes à época do exame de mérito, **ou que ainda nem sequer fizeram parte daquele julgamento, por omissão da parte a quem supostamente interessavam, não podem mais ser discutidas em outro processo**, salvo nos estritos limites da ação rescisória.

4. A propósito: A desconstituição do título executivo pretendida resta protegida pelo manto da coisa julgada em face do julgamento dos embargos à execução. É evidente que a eficácia preclusiva da coisa julgada (*tantum judicatum quantum disputatum vel quantum disputari debebat*) impede que julgados os embargos à execução, com decisão trânsita, possa a parte, em ação anulatória, tentar infirmar o título executivo, sem rescindir a sentença proferida na oposição do executado (REsp 469.211/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 29.9.2003).

5. Não há violação ao art. 468 do CPC, uma vez que a hipótese desborda desse dispositivo processual. Aplica-se aos autos o art. 474 do CPC, como feito pela Corte a quo, o qual trata da eficácia preclusiva da coisa julgada material.

6. Recurso especial não provido⁶⁷:

Note-se que uma das razões de decidir está fundamentada no aspecto de que as alegações que sequer fizeram parte daquele julgamento, por omissão da parte a quem supostamente interessavam, não podem mais ser discutidas em outro processo, salvo nos estritos limites da ação rescisória.

Nesse contexto, voltando-se ao exemplo anterior e aproveitando-se o ensejo de trazer o tema para a finalidade que se busca, se o arrendador mover a ação por dano à gleba e dano à colheita, teríamos uma ação com duplo fundamento, um concurso entre dispositivos legais, sem caracterizar a cumulação de ações.

Mas, supondo que movesse a ação por dano à gleba e por o arrendatário ter cedido a gleba rural para outrem, sem consentimento do arrendador (inciso II, do art. 32 do Decreto nº 59.566), estar-se-ia, então, diante da cumulação de ações, porquanto a cessão sem consentimento caracteriza-se como infração contratual diversa da inaptidão técnico-profissional.

Ainda a título de propedêutica, temos o art. 292, *caput*, do CPC, o qual admite a cumulação de vários pedidos contra o mesmo réu, num único processo, ainda que entre eles não haja conexão. Esse artigo admite a cumulação objetiva, como adiante se pretende verificar.

O CPC também disciplina a cumulação processual (ou *simultaneus processus*), no art. 105: Havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente.

⁶⁷ STJ, 1ª T., REsp 1109421/SC, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 01/10/2009, DJe 09/10/2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 03.05.2012. Negritou-se.

E, por fim, a dicção do art. 46, do CPC, prevê a cumulação subjetiva ou litisconsórcio, onde os litígios reunidos num só processo têm sujeitos diversos, visando uma decisão simultânea, o que não deixa de ser, também, uma modalidade de *simultaneus processus*.

3.2 Elementos da ação

A construção da cumulação de pedidos, como se examinou a título de intróito, dá-se através do argumento *a contrario sensu*⁶⁸. O art. 301, §2º, do CPC trata da identidade de ações, quando ocorre identidade de partes, de causa de pedir e de pedido.

São as três identidades do processo, que vistas sob o comando direto do artigo mencionado, irão determinar, quando todos presentes, na existência da litispendência ou da coisa julgada. O §1º do art. 301, do CPC esclarece que se verifica a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada. E que há litispendência quando se repete ação que está em curso, sendo que há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso (§3º, do art. 301).

Identificar e conceituar cada componente que enseja a identidade da ação é relevante para o desenvolvimento do tema. Pois como já se acentuou, faltando qualquer componente afasta-se da litispendência ou da coisa julgada, ao mesmo tempo em que se erige o alicerce do cúmulo de ações; o qual poderá, eventualmente, ocorrer ou deixar de ocorrer, dependendo das peculiaridades do caso concreto.

A identidade de parte não é mera identidade física, mas sim identidade jurídica. Uma pessoa, atuando numa ação, pode ter diversas qualidades, e só haverá identidade de ação se os sujeitos possuem a mesma qualidade. Exemplifica-se: A atuou como substituto processual ou como representante numa demanda e, em outra, com o mesmo objeto e causa de pedir, ele age em seu próprio nome. Nesse caso não há identidade de parte. Podemos, em sentido inverso, ter diversidade de pessoas físicas, mas identidade de pessoa no posto de vista jurídico. A título de exemplo: É o que ocorre quando há sucessão *inter vivos* ou *mortis causa*, os sucessores, embora fisicamente distintos, são juridicamente a mesma pessoa, para fins de identificação da lide⁶⁹.

Causa de pedir relaciona-se a fato ou fatos. É necessário que esse fato ou esses fatos levem à conclusão ou conclusões pedidas, porquanto a correlação lógica de causa e efeito é requisito da petição inicial, de acordo com a dicção do art. 295, parágrafo único, inciso II, do CPC.

Mas, há de se ressaltar, que o fato deve ser qualificado, ou seja, que tenha consequência jurídica. Um fato tido como simples, sem consequência jurídica, é insuficiente para constituir a causa de pedir. Pois: Os fatos jurídicos são, então, aqueles em virtude dos quais entende o autor ser justificável o seu acesso ao Judiciário para pleitear uma dada

⁶⁸Ferraz Jr, Tércio Sampaio, in op. cit, p. 309: A respeito do argumento *a contrario sensu*: Consiste, em termos simples, em concluir de uma proposição admissível, pela proposição que lhe é oposta.

⁶⁹ Calmon de Passos, José Joaquim, Comentários ao Código de Processo Civil, Rio:Forense, 1977, vol. III, exemplos tirados da p. 352.

providência prevista pelo ordenamento e precisamente a que decorre dos efeitos jurídicos daqueles fatos.⁷⁰

Logo, a causa de pedir, por si só, é uma relação de implicação, pois o fato que resulta em relação jurídica produz a consequência pretendida no caso concreto.

O pedido é tudo aquilo que o autor pretende do Estado frente ao réu. Tem sua peculiaridade, pois ainda que formulado de maneira singela, sua finalidade é dupla: implicitamente o autor visa obter a tutela jurisdicional do Estado, normalmente através de uma sentença (para quem admite a divisão tríplice: condenatória, declaratória ou executiva) e na parte explícita pretende fazer valer um direito material frente ao réu. Ao pedido implícito convencionou-se chamá-lo de pedido imediato e ao pedido explícito de mediato.

Confira-se: Destarte, o *pedido imediato* põe a parte em contato direto com o direito processual, e o *mediato*, com o direito material⁷¹. Para haver identidade de pedido, para fins de litispendência ou coisa julgada, deve haver identidade entre ambos, o pedido imediato e o mediato.

Esses, portanto, os três elementos da ação: partes, causa de pedir e pedido.

3.3 Modalidades de cumulação: subjetiva e objetiva

Diz o art. 46, *caput*, do CPC, que duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente. Trata-se, também, de cumulação de processos (*simultaneus processus*), mas só que de natureza subjetiva, daí a denominação de cumulação subjetiva, isto é, aquela em que os litígios reunidos num só processo têm sujeitos diferentes⁷².

Distinguem-se as cumulações objetiva da subjetiva, da seguinte maneira:

Se várias lides conexas têm os mesmos sujeitos, o processo, ainda que cumulativo, não tem mais que duas partes e a acumulação se denomina *objetiva*; ao contrário, se todos os sujeitos das diversas lides conexas não são idênticos, o processo cumulativo apresenta mais de duas partes e a acumulação se denomina *subjetiva*; em tal caso se fala também de *litisconsórcio* (fórmula com a qual a lide está usada com o significado de processo)⁷³.

Colhe-se que os conceitos de cumulação objetiva e subjetiva estão adstritos ao número de sujeitos que estão situados nos pólos da relação processual. Se duas partes, uma em cada pólo, sem adição, trata-se de cumulação objetiva. Se mais de duas partes em pelo menos um dos pólos, passa-se para a cumulação subjetiva. E, também, importa distinguir que o litisconsórcio é tanto um processo com pluralidade de partes como também com pluralidade de lides.

⁷⁰ Arruda Alvim, Manual, vol. I, p. 263.

⁷¹ Theodoro Jr, Humberto, Curso de Direito Processual Civil, Rio:Forense, 1985, vol. I, p. 387, destaques do autor.

⁷² Marques, José Frederico, Manual de Direito Processual Civil, S. Paulo: Saraiva, 1987, vol. II, 1ª parte, passim, p. 55.

⁷³ Carnelutti, Francesco, ob e loc citis, p. 439 – destaques do original.

É relevante, observar, por fim, que a pluralidade se refere ao sujeito do processo, não às pessoas, as quais podem ser mais de duas sem que exista litisconsórcio, como o caso, por exemplo, do representante e o representado (art. 8º, CPC).

3.4 Cumulação Subjetiva

Ordinariamente demonstra-se a relação processual, vinculando autor, réu e juiz através da representação triangular. Parte da doutrina entende que essa representação é, na verdade, linear, representada pelo autor e o juiz, com base na leitura do art. 263, do CPC, no sentido de que se considera proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz ou, simplesmente, distribuída.

Pode parecer, à primeira vista, que a relação jurídica se estabeleça apenas entre o autor e o juiz. Mas, a leitura mais atenta do art. 263, permite constatar a complementação ao primeiro período, agregando que os efeitos quanto ao art. 219 do CPC, só produzirão efeitos quanto ao réu, quando validamente citado.

Logo, o que se constata é que a relação processual inicia-se com a propositura da ação, mas só se completa após a citação válida do réu. Entender de maneira diferente, faria com que a relação processual ficasse em suspenso, pendente da citação.

Mas essa consagrada representação triangular pode se modificar, quando mais de um sujeito se insere, como parte, num dos pólos da relação processual. A essa ocorrência, a existência de mais de uma parte em um dos pólos da relação processual, dá-se o nome de litisconsórcio.

Essa ocorrência é relevante no sistema processual e tem consequências de ordem processual e material:

Externamente, portanto, o litisconsórcio representa a assunção, em processo único e por mais de uma pessoa, da função de parte. Mas, do ponto de vista substantivo, a presença de várias pessoas, na qualidade de autores ou de réus, sugere um número correspondente de ações⁷⁴.

Dessa maneira é possível interpretar-se o litisconsórcio sob o aspecto processual, onde fica evidenciada a pluralidade de partes. E o aspecto material, de maior interesse, onde se acham cumulados vários objetos litigiosos ou mais de uma ação.

Do ponto de vista processual, o litisconsórcio pode ser ativo quando se coligam vários autores; passivo, quando a pluralidade está no pólo passivo; e misto, se a pluralidade é tanto ativa como passiva, simultaneamente.

Sob outro ponto de vista, considerando a eficácia da sentença, o litisconsórcio será necessário, ou seja obrigatório naquela relação processual. Ou facultativo, também conhecido como simples.

Importante notar que, toda vez que houver litisconsórcio necessário existe uma só ação. Nas demais hipóteses de litisconsórcio facultativo, ao invés, há cumulação de ações⁷⁵.

⁷⁴ Assis, Araken de, op. cit., p. 145.

⁷⁵ Assis, Araken de, op. cit., p. 122.

E quando houver uma só ação, no caso de litisconsórcio necessário, há nenhum interesse para o desenvolvimento do tema em foco. O interesse, no caso, é quanto ao litisconsórcio facultativo.

Quanto ao momento da formação, o litisconsórcio pode ser inicial, ou seja, constituído logo na apresentação da petição inicial, ou ulterior, também conhecido como sucessivo, quando ocorre no curso do processo, como por exemplo, o previsto no art. 47, parágrafo único, que trata da citação posterior do litisconsorte necessário ou da reunião de processos, estabelecida pelo art. 105.

Relevante notar que a exemplo do que ocorre com a cumulação de pedidos, a combinação de ações dos litisconsortes pode ocorrer de maneira semelhante. Quer isso dizer que as ações podem ser organizadas de modo sucessivo, eventual ou alternativo. De maneira que: Daí aludir-se, respectivamente, a litisconsórcio simples, sucessivo, eventual e alternativo.⁷⁶

Essas modalidades de litisconsórcio são relevantes para o tema em foco.

3.5 Espécies de cumulação subjetiva

Litisconsórcio voluntário simples é a espécie prevista pelo art. 48, do CPC, que orienta que os litisconsortes sejam considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos, circunstância na qual os atos e omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os demais.

Nessa espécie, do litisconsórcio voluntário simples, implica que na cumulação de ações existe absoluta independência, podendo, inclusive, ocorrer a procedência de uma delas e a improcedência de outra ou outras.

O litisconsórcio voluntário sucessivo vem regrado pelo art. 46, II, do CPC, em que fica evidenciado o caráter prejudicial de uma ação em relação a outra. A dependência é facilmente identificável e pode ser revogada na sentença, sem maiores complexidades.

Já o litisconsórcio voluntário alternativo é uma espécie pouco disseminada, mas de inegável interesse em sua análise. Já que: Última espécie de cumulação é a denominada alternativa. Mais de um pedido é formulado, entretanto, apenas um dentre eles poderá se tutelado, e a tutela de um exclui e impossibilita a tutelados demais⁷⁷.

Ínsito está nesse conceito de litisconsórcio alternativo a tênue distinção com a ilegitimidade de parte, prevista no art. 267, IV, do CPC. Aliás, a dinâmica da realidade forense deve solver a grande maioria desses casos sob o manto da ilegitimidade de parte. Encontra-se, entretanto, um e somente um precedente no STJ (no período de elaboração do presente estudo), o que permite, entretanto, afirmar sua aceitação. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. LITISCONSÓRCIO EVENTUAL. AÇÕES CUMULADAS. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL CONTRA O MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ. PEDIDO SUCESSIVO DE

⁷⁶ Assis, Araken de, op. cit., p. 148.

⁷⁷ Calmon de Passos, op. cit., p. 270.

REPETIÇÃO DE INDÉBITO EM DESFAVOR DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. ARTS. 46 E 289 DO CPC. VIABILIDADE.

1. A Corte de origem considerou descabida a propositura de ação anulatória de débito tributário em desfavor do Município de Jundiaí, com pedido sucessivo de repetição de indébito contra o Município de São Paulo, justificando seu posicionamento na falta de afinidade entre as demandas, incompatibilidade entre os pedidos e impossibilidade de incluir-se no pólo passivo do feito litisconsortes com interesses conflitantes.
2. Segundo a lição de Cândido Rangel Dinamarco, "tem-se o cúmulo eventual, quando uma ação é proposta para o evento de que outra seja rejeitada. O autor formula duas demandas, tendo preferência pela primeira mas pedindo ao juiz que conheça e acolha a segunda (que por isso mesmo se considera subsidiário) no caso de não poder a primeira ser atendida" (in Litisconsórcio. São Paulo: Editora Malheiros, 2002, pp. 391-392)
3. Ambas as demandas ostentam causa de pedir comum, qual seja, a prestação de determinados serviços de engenharia que desencadearam a obrigação de recolhimento do ISS, de maneira que fica configurada a conexão a autorizar o litisconsórcio, nos termos do art. 46, III, do CPC.
4. Forte na interpretação do art. 289 do CPC ("É lícito formular mais de um pedido em ordem sucessiva, a fim de que o juiz conheça do posterior, em não podendo acolher o anterior") conjugada com as características do litisconsórcio eventual, não se vislumbra incompatibilidade dos pedidos de anulação de cobrança e repetição de indébito em virtude do caráter sucessivo que lhes foi conferido pela petição inicial. Em outras palavras, o escalonamento contorna uma pretensa falta de harmonia entre os pleitos.
5. O conflito de interesses entre os Municípios de Jundiaí e São Paulo não representa empecilho à inclusão de ambos os entes na demanda na qualidade de litisconsortes passivos, sendo igualmente certo, sublinhe-se, que esta situação de antagonismo é intrínseca ao litisconsórcio eventual.
6. Desde que atendidos os requisitos genéricos previstos no art. 46 do CPC e não haja incompatibilidade absoluta de competência e procedimento, é viável o ajuizamento conjunto de ações conexas pela causa de pedir com pedidos sucessivos contra réus diversos, hipótese cognominada litisconsórcio eventual.
7. Há que se reintegrar ao pólo passivo da demanda o ente municipal indevidamente excluído, sendo impositivo o retorno dos autos à instância ordinária para que se dê continuidade ao feito com a apreciação integral dos pedidos deduzidos pela ora recorrente.
8. Recurso especial provido⁷⁸.

No bojo do v. acórdão verifica-se que a cumulação deu-se por raciocínio bastante prosaico, consistente em ser levado em consideração que o objeto da lide é a exigência de INSS, que se devido apenas a um dos entes públicos, não resta dúvida que se for declarada em favor de uma, concomitantemente, restará declarada a incompetência de outra para arrecadar o tributo.

⁷⁸ STJ, 2ª T., REsp 727.233/SP, Rel. Min. Castro Meira, j. em 19/03/2009, DJe 23/04/2009. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >. Acesso em 17 de abril de 2012.

O STJ encontrou supedâneo no art. 46, III, para autorizar o litisconsórcio. O referido inciso III admite o cúmulo de ações quando houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir sendo que, no caso julgado, a prestação de determinado serviço desencadeou a obrigação tributária. Esta, então, seria a identidade de causa de pedir, para autorizar o litisconsórcio.

No mais, se uma decisão está intimamente ligada à outra, é bastante razoável que sejam proferidas pelo mesmo juiz no mesmo processo. Impende observar que decisão como essa deve ser prestigiada, devendo ser amplamente difundida, eis que harmônica com os princípios da instrumentalidade, celeridade e economia processuais.

3.6 Generalidades Sobre a Cumulação Objetiva

O CPC admite a cumulação, num único processo, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão, de acordo com a literalidade do art. 292. E estabelece, quanto à admissibilidade da cumulação, que os pedidos sejam compatíveis entre si (inciso I); que o juízo seja competente para conhecer deles (inciso II), e que o procedimento seja adequado para todos os pedidos (inciso III). E se para cada tipo de pedido corresponder um procedimento diverso, admitir-se-á a cumulação se o autor adotar o procedimento ordinário (§ 2º).

Havendo erro de forma do processo, no caso quanto ao procedimento, diz o art. 250 do CPC, que somente serão anulados os atos que não possam ser aproveitados.

O art. 259, II, do CPC determina que, havendo cumulação de pedidos, o valor da causa deverá corresponder à soma de todos eles.

A este tipo de cumulação de pedidos, qual seja, quando se reúnem pedidos de um só autor contra um só réu, dá-se o nome de cumulação objetiva.

Existe, também, a cumulação de pedidos, oriunda da reunião de ações propostas em separado, em decorrência da conexão ou continência, mediante requerimento de qualquer das partes ou determinação de ofício do juiz, a fim de que todas sejam julgadas simultaneamente, de acordo com art. 105 do CPC.

A ementa 235 da Súmula do STJ diz que a conexão não determina a reunião de processos, se um deles já foi julgado.

A doutrina diferencia esta cumulação da anterior – cumulação de pedidos –, denominando-a de cumulação processual, empregando-se também a expressão latina *simultaneus processus*.

Examinada a cumulação subjetiva decorrente da pluralidade de partes, temos a cumulação objetiva que pode ocorrer em virtude da existência de mais de uma causa de pedir ou por mais de um pedido.

Propõe-se o exame um pouco mais amiúde da correspondência entre a multiplicidade de causas e a cumulação de ações. E, a seguir, a cumulação de pedidos.

3.7 Cumulação objetiva pela causa de pedir

A causa de pedir está prevista no art. 282, III, do CPC, pois deverão constar da petição inicial o fato e os fundamentos jurídicos do pedido. O fato, portanto, reveste-se de enorme importância para o estudo da cumulação, como de resto para o próprio processo, pois dele deve advir uma relação de direito contestada ou simplesmente ameaçada.

Engloba o conceito de causa de pedir desdobramentos que só a acurada análise do conceito permite relevar. Assim:

A causa petendi supõe o fato ou série de fatos dentro de categoria ou figura jurídica com que se compõe o direito subjetivo ou se compõem os direitos subjetivos do autor e o seu direito público subjetivo a demandar. A *causa petendi* é, pois, complexa⁷⁹.

Em sendo complexa, intuitivamente, entende-se que seu conceito abarca mais de um elemento. O CPC trata da causa de pedir em outros dispositivos, onde se pode, com a percepção necessária, observar melhor os contornos do instituto.

E, assim, estabelece nosso ordenamento que cumpre ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito, a teor do que dispõe o art. 333, I, do CPC. Da norma posta, o primeiro elemento que se colhe é que o fato a ser provado é aquele que constitui, que é essencial, indispensável para a demonstração do direito do autor. O predicado exclui, de antemão, os demais fatos que possam incidir conjuntamente ou circunstancialmente.

A interpretação que a doutrina empresta ao fato constitutivo pouco se distancia da sua interpretação literal, ainda que no caso em particular, seja obtida de comentário referente ao regime processual anterior. Como é passível de constatação:

Com agudeza, pondera João Monteiro: E, realmente, se o processo tem por objeto estabelecer definitivamente as relações de direito, não passaria de futilidade imprópria da solenidade do pretório admitir prova de um fato que nenhuma afinidade lógica ou histórica guardasse com a relação de direito em causa, ou que não fosse possível, ou finalmente permitir prova impossível em si mesma; como ainda seria cometer atentado contra a lei admitir prova pela mesma lei proibida⁸⁰.

Vê-se que a obtenção do conceito de fato relevante é decorrente, também, do argumento a *contrario sensu*, ficando evidenciado pela doutrina colhida que é mais fácil esclarecer seu aspecto negativo, por exemplo, fato que nenhuma afinidade lógica ou histórica guardasse com a relação de direito em causa. Ordenando, entretanto, o conceito pelo seu aspecto positivo, ressaltam duas importantes qualidades do fato relevante, quais sejam, ter pertinência lógica e histórica com a relação de direito em causa.

Trazendo os ensinamentos colhidos do plano ideal para o mundo empírico, havendo mais de um fato apresentado na narração da petição inicial pelo autor, caberá ao juiz joeirar aquele ou aqueles que são relevantes para o deslinde da ação, daqueles que são denominados de fato simples, sem conseqüências jurídicas. Mais uma vez, é importante destacar, que o resultado do joeiramento deverá constar do fundamento da decisão.

⁷⁹ Miranda, Pontes de, op. cit., tomo IV, p. 15.

⁸⁰ Monteiro, João, Processo Civil e Comercial, ed. 1912, § 126, nota 1, apud Santos, Moacyr Amaral, Prova Judiciária no Cível e Comercial, S. Paulo: Max Limonad, 3ª ed., vol. I, p. 223-224.

Cabe observar que além dos fatos constitutivos, o ordenamento põe em destaque outros fatos, agora denominados de impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, conforme atribuição dado ao réu pelo inciso II, do art. 333, do CPC. Ao fato constitutivo do direito do autor, pode o réu apresentar fato impeditivo, modificativo ou extintivo.

Pelo viés do réu, então, cumpre-lhe de acordo com a distribuição do ônus da prova, demonstrar que o fato apresentado pelo autor é insuficiente, deficiente ou excluído do mundo jurídico. A relação, aqui, é essencialmente dialética, tida esta como processo racional que procede pelo confronto incessante de argumentos contrários, visando influenciar a decisão.

Vista a causa de pedir em seus aspectos fundamentais agora, para fins de cumulação, dos fatos apresentados pelo autor devem ocorrer em multiplicidade tal que justifiquem a existência de mais de uma ação. A doutrina denomina, então, de causa de pedir complexa àquela que enseja mais de uma ação. Pois: Quando se alude às espécies de cumulação de causas, então, considera-se a causa de pedir complexa, ou seja, a que abrange fatos constitutivos distintos e individualizadores, cada qual de uma ação⁸¹.

Uma observação, ainda, a distinção entre fato complexo e fato composto, sendo este último um acréscimo de ocorrências, por si só relevantes, mas que dão ensejo a apenas uma ação. Revistando-se exemplo anterior, se o arrendador mover a ação por dano à gleba por uso indevido de produtos químicos e dano à colheita, por armazenamento inadequado, ter-se-ia uma ação com fato composto, duas condutas distintas que ensejam a indenização, sem, contudo, caracterizar a cumulação de ações, embora seja possível a majoração do dano.

É possível identificar duas espécies de cumulação de causa de pedir, a simples e a sucessiva. Por cumulação de causa de pedir simples entende-se a existência de duas ou mais causas para pedidos diferentes. E na cumulação de causa de pedir sucessiva, subordina-se um pedido ou mais de um a um outro pedido principal, de modo que procedente o principal, os sucessivos possam ser acatados. Quanto a esta última espécie, pode-se imaginar uma ação de indenização por rescisão contratual que tenha impedido o autor, com a importância que pretendia obter com a compra e a venda, concretizar um outro negócio que lhe seria, inclusive, mais lucrativo do que o primeiro. As causas da primeira ação e da segunda ação, a título de lucro cessante, guardam, como se vê, autonomia.

3.8 Cumulação objetiva pelo pedido

A petição inicial indicará o pedido, com suas especificações, conforme faz certo o art. 282, IV, do CPC.

Da formulação do pedido, na petição inicial, decorrem importantes consequências na formação do processo, pois ele define a lide e é o objeto do processo, assim como de acordo com o pedido é que se dará a decisão e a formação da coisa julgada. Demais disso,

⁸¹ Assis, Araken de, op. cit., p. 191

embora seja formulado em caráter unitário, para a dogmática jurídica, ele desdobra-se em dois. A saber:

O pedido é formulado com duas extensões ou dois alcances: em caráter imediato o autor pede uma determinada providência jurisdicional (condenação, declaração, constituição ou extinção da relação jurídica) e em caráter mediato uma providência que traduz um bem jurídico material (o pagamento, a desocupação do imóvel, a nulidade do contrato, etc.). Ambos os aspectos podem ser contidos na mesma expressão verbal que os formula, mas distinguem-se na essência porque o primeiro (o imediato) tem conteúdo processual e o segundo (mediato), de direito material⁸².

O pedido recebe tratamento de destaque no âmbito do direito processual eis que os incisos que formam parágrafo único do art. 295 do CPC, estabelecem graves consequências quando o pedido deixar de ser formulado corretamente, pois a petição inicial será considerada inepta quando: faltar-lhe pedido (inciso I); da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão (o pedido) (inciso II); o pedido for juridicamente impossível (inciso III), ou contiver pedidos incompatíveis entre si (inciso IV).

A princípio, esses vícios são passíveis de serem sanados mediante concessão de prazo previsto no art. 284 do CPC, conhecido sob o jargão de *emenda da inicial*. Deixando-as de fazer, ou realizando-as insatisfatoriamente, então, tem cabimento a extinção do processo (art. 267, I, CPC).

Logo, para que a parte arroste o decreto de inépcia de sua inicial é fundamental que o pedido seja formulado com clareza e precisão.

Mais adiante, os arts. 286 a 294, ambos do CPC, tratam do pedido em suas diversas modalidades. Examinam-se, a seguir, o pedido certo, o pedido alternativo e o pedido sucessivo.

O art. 286 diz que o pedido deve ser certo ou determinado. Embora a letra do dispositivo use o conectivo “ou”, entende-se que o conectivo é conjuntivo, ambos são exigidos, logo, o pedido deve ser certo e determinado.

A par dessa recomendação expressa, existem algumas exceções, onde o pedido é considerado implícito, ou compreendido no pedido principal, como são os casos dos juros e da correção monetária. Tal entendimento é bastante utilizado nas ações condenatórias, onde a parte pede a condenação da contrária em determinado valor, entendendo-se que estão compreendidos no valor da condenação, os juros e a correção monetária. É usual, também, interpretar-se como compreendido no pedido principal, o ônus da sucumbência (custas e honorários advocatícios). Decorre da interpretação do art. 461 do CPC, outrossim, como implícito, a aplicação de multa cominatória na condenação em obrigação de fazer, independente de pedido exposto.

Como decorrência de regra geral, entretanto, os pedidos são interpretados restritivamente, afora as exceções apontadas, pois se o autor deixar de formular um pedido, só o poderá fazer através de outra ação.

⁸² Greco Filho, Vicente, Direito Processual Civil Brasileiro, S. Paulo: Saraiva, 1999, vol. II, p. 99.

Tal regra ocorre por diversas razões, entre elas pode-se mencionar a vinculação do juiz ao pedido, de acordo com o disposto no art. 460 do CPC. Outra importante razão decorre do princípio da estabilização da lide, porquanto se for concedido ao autor apresentar novos pedidos no processo já formado, a partir da citação do réu, o prolongamento da lide seria quase que perpétua, o que de resto vai de encontro ao próprio escopo do processo, que é o de encerrar o litígio entre as partes. Aproveita-se, aqui, mencionar que até a citação, o autor poderá aditar o pedido, mas correndo por sua conta os acréscimos legais (art. 294, CPC).

Embora se diga que o pedido deve ser determinado, isto é, definido quanto à quantidade e qualidade, admite-se o pedido genérico, em determinadas situações, previstas na segunda parte do art. 286, esclarecendo os incisos deste as hipóteses em que são admitidos:

I – nas ações universais, se não puder o autor individuar na petição os bens demandados. Ações universais são aquelas cujo bem material demandado é uma universalidade, por exemplo, o espólio, o estabelecimento comercial.

II – quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito. Nas ações originárias de ato ou fato ilícito, por exemplo, acidente de trânsito, onde a vítima seja portadora de seqüelas físicas, sem consolidação no momento da propositura da ação. A lei admite, nesses casos, formular pedido ilíquido, para que seja fixado no curso do processo ou na fase de liquidação de sentença (arts. 603 a 611, todos do CPC).

III – quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu. Esse é outro caso onde a liquidação do valor pode dar-se no decurso do processo, ou na fase de liquidação de sentença.

O pedido é certo e determinado quanto ao gênero, mas os incisos I, II e III, do art. 286 do CPC, permitem que o pedido seja definido em momento posterior, mas determinável, quanto ao seu valor. É certo, entretanto, que essa incerteza ou indefinição quanto ao valor poderá levar a situações pouco convencionais, onde a liquidação de uma sentença condenatória, por exemplo, de uma lesão física que se regenerou por questões de ordem fisiológicas favoráveis no curso do processo ou até a fase de liquidação de sentença, possa ser igual ou equivalente a zero.

O pedido pode ser simples ou complexo, entendendo-se este último como aquele que contém mais de um item. Para o desenvolvimento do tema, cumulação de pedidos, por certo é de relevância o pedido complexo ou cumulativo, o qual poderá ser alternativo, sucessivo ou subsidiário.

O art. 288 do CPC trata do pedido alternativo, quando, pela natureza da obrigação, o devedor puder cumprir a prestação de mais de um modo. A espécie prevista permite supor que na relação de direito material o credor tenha a possibilidade de escolha para obter a prestação convencionada entre mais de uma alternativa sem, todavia, poder pedi-las cumulativamente. Permite supor, também, que na relação de direito material a escolha caiba ao credor, hipótese em que o pedido deve vir definido na inicial, pois aí se torna simples; ou ao juiz e, por fim, ao devedor. Nessa última hipótese, o parágrafo único do art. 288, esclarece que se o autor deixar de formular pedido alternativo, o juiz deverá

assegurar ao devedor, o réu, o direito de cumprir a prestação no momento da execução de outro modo.

O art. 289 trata de pedido em ordem sucessiva ou subsidiária, a fim de que o juiz conheça do posterior, em não podendo acolher o anterior. O exemplo clássico é originário do campo das obrigações de fazer ou não fazer, onde o pedido principal é a prática do ato ou a abstenção de fato, mas, se não obtiver a conduta desejada, pede-se a prática por terceiro se a obrigação for fungível ou a conversão em perdas e danos se a obrigação for infungível.

Pode, por fim, autor, num único processo, cumular vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão, e que dá origem a cumulação de pedidos objetiva, distinta da cumulação subjetiva, que é a de partes, como já examinado.

3.9 Cumulação sucessiva

Durante o curso de um processo podem ocorrer acréscimos de uma ação à outra, que se denomina de cumulação sucessiva. Lembrando que se a cumulação ocorre no início da ação, chama-se de *simultaneus processus*.

O CPC prevê algumas situações, outras são decorrentes de situações lá previstas. De se verificar, ainda que de maneira ligeira, as figuras mais encontradiças.

Como modalidades da cumulação objetiva, há cumulação de ações por intercessão, quando o réu ingressa com pedido reconvenicional. Pode ocorrer, também, quando o autor propõe ação declaratória incidental.

Quanto à cumulação subjetiva, a cumulação pode ocorrer com o processo já iniciado, quando há intervenção de terceiros ou, também, no caso de litisconsórcio ulterior.

A reunião de processos, igualmente, pode ocorrer em decorrência da conexão ou continência, quando o juiz de ofício ou a requerimento da parte ordena a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente, nos termos do art. 105 do CPC.

3.10 Do pedido em obrigação indivisível

O Código Civil estabelece que se a pluralidade for dos credores, poderá cada um destes exigir a dívida inteira. Mas o devedor ou devedores se desobrigarão pagando a todos conjuntamente ou a um, dando este caução de ratificação dos outros credores (art. 260).

As consequências na esfera processual são perceptíveis.

Qualquer credor tem legitimidade para promover a execução da obrigação contra o devedor ou devedores da obrigação indivisível. Um credor que não figurou no processo inicialmente poderá nele ingressar na qualidade de assistente qualificado, caso em que se dará a formação do *simultaneus processus*.

Ainda que deixe de ingressar no processo de execução, havendo o pagamento, o crédito do credor é assegurado, porquanto o art. 291 do CPC firma que na obrigação

indivisível, com pluralidade de credores, aquele que não participou do processo receberá a sua parte, deduzidas as despesas na proporção de seu crédito. Um dos raros casos, talvez único, em que o direito socorre a quem dorme, o credor descuidado.

3.11 Ações concorrentes

É uma figura praticamente em desuso, embora sempre lembrada pelos manuais de direito processual.

Verificou-se, antes, que a cumulação de causa de pedir nem sempre implica numa cumulação de ações. Essa figura ocorre, normalmente, diante da identidade de pedido, mas há uma variação da causa de pedir. Num primeiro momento pode causar a impressão de que exista a cumulação de ações.

Um exemplo apontado como de ações concorrentes consiste no caso da pessoa que comprou uma coisa afetada de vícios ou defeitos ocultos, que a tornam imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuem o valor. Em tal situação, o autor pode pedir a resolução do contrato ou propor ação para reclamar a diminuição do preço. Essa questão se resolve através do pedido alternativo, onde se pede uma coisa ou outra⁸³.

3.12 A dedução da cumulação de ações

O exame do fenômeno cumulação de ações comporta, por certo, outras e mais ampliadas considerações.

Sem prejuízo dessa afirmação, percorreu-se razoável caminho, onde foram examinados generalidades, elementos, conceitos, natureza, espécies, exemplos, condições e outras particularidades do fenômeno em tela.

Mas para o desiderato da presente uma proposição é crucial e precisa ficar indelével:

Verdadeira a origem da ação material, a partir do direito subjetivo, como poder de se efetivar às custas de alguém dentro da esfera jurídica alheia, e o preceito do art. 75 do Cod. Civil – “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura” -, forçoso concluir, nesses termos, que, correspondendo os **fatos alegados** pelo autor ao suporte de mais de um direito subjetivo, ter-se-á cumulação de ações⁸⁴.

Se considerar-se como verdadeira e válida a proposição, forçoso reconhecer, nesse momento, que quando o Estado-juiz deixa de apreciar fatos alegados, por extensão, deixa de apreciar pedidos formulados pelo autor. Ou pela visão processual do réu, então, deixar de apreciar a demonstração de que o fato apresentado pelo autor é insuficiente, deficiente ou excluído do mundo jurídico.

⁸³ Marques, José Frederico, op. cit., vol. II, 1ª parte, passim, p. 61 e 62.

⁸⁴ Assis, Araken de, op. cit., p. 130. Original sem negrito.

4. A SENTENÇA JUDICIAL

4.1 Conceito

A sentença judicial é ato privativo do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei (o Código de Processo), conforme esclarece o § 1º do art. 162 do CPC.

Essa redação ao § 1º do art. 162 do CPC foi dada recentemente pela Lei 11.232, de 22.12.2005, sendo que a anterior era assim redigida: Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa.

Alfredo Buzaid, autor do Livro I -Do Processo de Conhecimento – do vigente Código de Processo Civil, fiel à concepção do processo de Carnelutti, na Exposição de Motivos, esclarece o que entende por sentença:

6. (...)

Haja vista, por exemplo, o vocábulo “lide”. No Código de Processo Civil vigente [o Código de 1939] ora significa processo (art. 96), ora o mérito da causa (arts. 287, 684, IV, e 687, § 2º). O projeto só usa a palavra “lide” para designar o mérito da causa. Lide é, consoante a lição de CARNELUTTI, o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes. (Exposição de Motivos do Código de Processo Civil – Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

A sentença ideal, o modelo carneluttiano de sentença, é aquela que acolhe ou rejeita o pedido, a qual também se chama de sentença de mérito e está bem definida na passagem acima reproduzida: O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito.

Quando o processo deixa de ter seu pedido apreciado, seu encerramento é considerado como anormal. Assim:

Outro qualquer resultado, como a declaração de que o autor é carecedor da ação, ou a extinção da relação processual por vício que impeça o seu prosseguimento, desde que não implique em julgar o pedido, acolhendo-o ou rejeitando-o, é considerado anormal⁸⁵.

O emprego da expressão encerramento anormal do processo em nada se relaciona com fins anormais do processo, onde este último conceito está relacionado com a simulação do processo ou com o processo fraudulento, recorrendo-se a admoestação de que: Por vezes, as partes utilizam o processo para fim diverso de sua destinação fundamental. Costuma-se distinguir, nesta matéria, entre processo aparente e simulado⁸⁶.

⁸⁵ Aragão, E. D. Moniz de, Comentários ao Código de Processo Civil, Rio: Forense, 1979, vol. II, p. 41.

⁸⁶ Chiovenda, Giuseppe, Instituições de Direito Processual Civil, Campinas: Bookseller, 1998, vol. I, p. 71.

Feita a ressalva, é sem sombra de dúvida que o ato judicial consistente na sentença comporta tanto o julgamento do mérito da causa, como a ausência de decisão quanto ao mérito. Claro que essas duas categorias de sentenças: uma, em sentido estrito, que resolve a lide; outra, em sentido amplo, que encerra o processo, têm consequências distintas, sendo a mais relevante a ocorrência de coisa julgada, para as sentenças que julgam o mérito da causa. Acrescentando que, em ambos os casos, cabe o recurso de apelação.

Ainda sob o regime anterior à Lei 11.232, de 22.12.2005, uma excelente definição de sentença era assim expressa:

A sentença, como já vimos, é o ato fundamental dos praticados pelo juiz; e, dos de índole decisória, o mais importante. É o ato jurídico, por excelência, definidor dos direitos das partes. É precisamente através da sentença que se realiza, praticamente, a função substitutiva da jurisdição dentro e por meio do processo. E isto pela circunstância de que prolatada a sentença, valerá (e, terá eficácia) o que nela se contiver, imperativamente, e não mais aquilo que anteriormente, e de forma antagônica, desejavam as partes litigantes⁸⁷.

Nessa definição percebe-se que pouco se enfatiza o encerramento do processo como expresso na redação anterior do § 1º do art. 162 do CPC. Mas fica evidente o caráter substitutivo da vontade das partes, pelo exercício da soberania estatal, através do ato judicial do Estado-juiz, a jurisdição.

A definição da doutrina afasta-se, portanto, enormemente da fornecida pelo CPC. E sob esse aspecto, a doutrina andou bem melhor do que o direito positivo. O que poderia ser levado em consideração nas reformas subseqüentes, qual seja, deixar a definição de sentença para a doutrina.

Pois bem. Agora voltando ao atual § 1º do art. 162 do CPC, onde consta que a sentença judicial é ato privativo do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 da Lei, percebe-se, logo de início, pela atual redação do CPC, que o ato que indefere a petição inicial, previsto no art. 295 está fora do conceito de sentença. O que é incorreto, tanto que no subseqüente, o art. 296, diz que indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar.

O enfoque atual da sentença emprestado pela doutrina, entretanto, é também bem diverso da redação do CPC, sendo a tônica da sentença o sincretismo processual. Pois:

A Lei n. 11.232/05, buscando garantir a efetividade da prestação e a eficácia da tutela jurisdicional, bem como dar celeridade à duração do processo civil, em atendimento aos ditames do amplo acesso na perspectiva da dignidade da pessoa humana, introduziu em nosso ordenamento o sincretismo processual, consagrando um modelo de processo dividido em fases ou módulos.⁸⁸

⁸⁷ Arruda Alvin, op. cit., vol. II, p. 372.

⁸⁸ Fonseca, Carlos Simões, op. cit., p. 105.

Com isso criam-se novos paradigmas. Temos agora o processo norteado pelos princípios constitucionais, notadamente a dignidade da pessoa humana, donde decorrem a efetividade e a eficácia da prestação da tutela jurisdicional, através da celeridade e amplo acesso ao processo civil. E, para isso, máxime no que tange a celeridade, temos agora um modelo de processo dividido em fases ou módulos.

Tal modelo era um reclamo já antigo, expresso na necessidade de um processo mais ágil, mais dinâmico, sobretudo naqueles oriundos das sentenças condenatórias. Após percorrer o longo caminho das repousadas formas do processo de conhecimento, obtendo uma sentença favorável, atribuindo o bem da vida ao autor, a sentença – sem comportar mais recurso –, então, deveria ser objeto de um novo processo, agora o de execução, o qual se iniciava com a nova citação do réu, ou executado. E, a partir daí, novamente, abria-se o contraditório, ainda que parcial e exauriente⁸⁹ na ação de Embargos do Executado oposto contra título judicial.

Agora o Estado-juiz além de proferir sentença de conteúdo condenatório, deve promover o seu cumprimento. Assim:

Essa nova sistemática também exigiu a mudança no conceito da própria sentença, já que esta não mais põe fim ao processo, que continua agora na fase de liquidação, se necessário, e na de cumprimento do comando sentencial⁹⁰.

Agora toda sentença condenatória civil é dotada de execução imediata, exceto ante a necessidade de sua liquidação, sem a necessidade de outro processo. Logo, a sentença com conteúdo condenatório encerra uma fase do processo, que é o de conhecimento, e a seguir inaugura um novo processo, consistente no cumprimento de sentença. Isso, como abaixo se anota, se a sentença for de mérito e não houver a interposição de recurso.

Importante agregar a seguinte observação:

Aplicando estas considerações para as novidades trazidas pela Lei n. 11.232/2005 – (...) –, verifica-se que a nova redação dada ao § 1º do art. 162 quer significar que o proferimento da *sentença* pode ensejar, no máximo, o encerramento de determinadas atividades praticadas pelo juízo em primeiro grau de jurisdição. (...).

O “processo”, em si mesmo considerado, no entanto, não se “resolve”, não se “encerra”, não se “extingue” com o proferimento da sentença definitiva ou terminativa. Em geral, há, ainda, atividades a serem desenvolvidas perante e pelo Estado-juiz e enquanto houver espaço para estas outras atividades, há espaço para se falar em *processo*⁹¹.

A força de expressão e o hábito pelo uso da regulamentação processual anterior fez com que se empregasse a expressão “fim do processo”, “encerramento do processo” e outras, quando se queria referir ao ato do juiz consistente na prolação da sentença, máxime quanto ao processo de conhecimento onde se busca uma sentença condenatória. Agora, a

⁸⁹ Watanabe, Kazuo, op. cit., p. 87.

⁹⁰ Fonseca, Carlos Simões, op. cit., p. 105.

⁹¹ Bueno, Cassio Scarpinella, A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil, S. Paulo:Saraiva, 2006, vol. I, p. 6. Itálicos do original.

partir da vigência da Lei 11.232/2005, o mesmo processo continua com a prática dos demais atos voltados à satisfação do direito da parte.

A par disso, é preciso lembrar que embora se trate do mesmo processo, há um hiato entre a prolação da sentença e o início da outra fase do processo, posto que a sentença, via se regra, submete-se a recurso. E esse recurso, também na maioria dos casos, suspende os efeitos da sentença. E isso é significativo, porquanto suspenso os efeitos da sentença, decorre um prazo razoável até a confirmação ou modificação da sentença, através de ato do Tribunal. A partir daí, então, tem o processo seguimento, consistente no cumprimento de sentença, caso esta tenha carga preponderante condenatória.

3.2 Silogismo da Sentença

A estrutura lógica da sentença é representada sob a forma de um silogismo. É comum encontrar-se nos manuais de direito processual a seguinte construção:

A esquematização lógica da sentença estrutura-se sob a forma de silogismo, em que a premissa maior é a norma a ser aplicada, enquanto que a situação particular, focalizada na ação, constitui a premissa menor. Figura a parte dispositiva da sentença, como conclusão do silogismo⁹².

Longe de ser uma operação mental singela, a elaboração das premissas (menor e maior) requerem uma ordenação de grande complexidade lógica, pois essas premissas são formadas após a confrontação, passo a passo, das questões de direito e questões de fato apresentadas pelas partes, bem como a análise e interpretação de textos legais, provas, elementos normativos e dados empíricos. Some-se a isso, o dever de fundamentar essa grande complexidade lógica de maneira clara, inteligível e objetiva.

Há autores que objetivam encontrar os limites do silogismo, como se pode verificar na seguinte passagem:

Existe manifesta correlação entre a petição inicial (“pedido, ação, pretensão”) e a sentença, o que fica claro por vários artigos de lei, como o 128, o 460, no sentido de que, podendo o autor dispor de seu direito (“princípio dispositivo”), o juiz não pode, absolutamente, considerar outros fatos jurídicos que não os deduzidos pelo autor (art. 128), como, ainda, não poderá proferir sentença diversa do solicitado, mesmo que outros fatos jurídicos existam e que estejam provados; ainda, mesmo que seja possível outra sentença, diversa do pedido, que seja melhor para o autor, não poderá proferi-la (art. 460)⁹³.

Decorre daí que a complexidade lógica na formação da sentença têm balizas fornecidas pelo sistema processual quais sejam, a impossibilidade de se considerar fatos sobre os quais o autor dispôs, embora até mesmo provados, assim como a impossibilidade de conceder um pedido que foi ausente de formulação, ainda que possa, em tese, melhor atender aos interesses do autor. O juiz na elaboração do silogismo deve cingir-se aos fatos e pedidos formulados pelo autor. Transpor esses limites implica em incorrer em nulidades da sentença.

⁹² Marques, José Frederico, op. cit., , vol III, parte II, p. 12.

⁹³ Arruda Alvin, op. cit., vol. I, p. 245.

Esse entendimento, da sentença estruturada como um silogismo pode ser visto como um recurso didático, mas é uma simplificação do que ocorre na realidade.

Tércio Sampaio Ferraz⁹⁴, no capítulo que dedica à dogmática da decisão, observa que reduzir o processo decisório a uma construção silogística o empobrece e não o revela na sua maior complexidade.

Como exposto anteriormente, Tércio Sampaio Ferraz relaciona o direito com o fenômeno da comunicação e, nessa esteira, sustenta, igualmente, que os conflitos jurídicos têm a ver com a possibilidade de exigência da emissão ou recepção de mensagens.

Logo, a questão está mais no discurso jurídico (na mensagem) do que na estrutura da sentença, que é a principal mensagem do discurso. Mas o uso da mensagem pelas partes (emissores e receptores) é bem mais amplo, mais complexo, mais diversificado do que aquele expresso no silogismo (seja do libelo ou da sentença).

E o argumento contido no discurso, ainda segundo Tércio Sampaio Ferraz, está de acordo com outra elaboração lógica de Aristóteles, denominada de tópica, que, seria, em termos gerais, uma técnica de pensar problemas, recurso intelectual esse dotado de característica essencialmente operacional. A tópica, pois, visa assinalar sugestões, apontar possibilidades, desvendar caminhos, destinando-se, por excelência, a decidir ou preparar uma ação.

E, assim, concluímos com Tércio Sampaio Ferraz, que como técnica de pensamento, a tópica (material e formal) leva a argumentação judicial a um jogo eminentemente assistemático, em que tem observado ausência de rigor lógico, impossibilidade de redução das decisões a silogismos etc. Ressalta-se, ao contrário, o uso abundante das distinções, das redefinições de velhos conceitos, das analogias, das interpretações extensivas, das retorsões, das ironias, da exploração técnica das ambigüidades, das vaguezas, das presunções, tudo conforme boa retórica.

Evidentemente que, mesmo se tratando de conceito, tem pouca relevância saber sobre seu acerto ou erro, mas com o devido respeito aos doutrinadores, o conceito da tópica mais se aproxima da realidade, do mundo empírico, com a experiência do dia-a-dia forense. O discurso contido nas peças jurídicas, majoritariamente, é um jogo assistemático, com ausência de rigor lógico. A dialética, com certeza, é a tônica do discurso. Confira-se:

A concepção mecânica da atividade judicante, tida por muito tempo como a elaboração de um silogismo, se mostra plenamente insuficiente para tratar de cada caso concreto e contingente. À ela, e à lógica que a preside, deve ser oposta a lógica do humano e do razoável, dialética e tópica. Só ela permite tratar de forma construtiva os grandes desafios que a atualidade oferece ao Jurista⁹⁵.

⁹⁴ Ferraz, Tércio Sampaio, op. cit, passim, págs 282 a 305. Sobre o silogismo, em particular, o autor lembra que já Aristóteles, a quem se atribui a construção do elemento lógico silogismo, notara que, se era relativamente fácil identificar a premissa maior, era extremamente difícil justificar e aceitar que o conflito descrito na premissa menor constituísse um caso particular contido na generalidade da premissa maior.

⁹⁵ Dias, Eduardo Rocha, A Sentença: Um Silogismo?, Artigo inserto na Revista de Processo, S. Paulo:RT, Outubro-Dezembro de 1993, n. 72, p. 174.

É bem mais razoável encontrar uma maneira de trabalhar os fatos do mundo empírico, acomodando-os numa estrutura de inteligência elástica, do que querer acomodar os fatos a golpe de marreta numa estrutura formal de pensamento rígido.

O STJ já teve oportunidade de expressar sobre o tema um posicionamento em que mitiga o rigor formal do silogismo, sem, contudo, afastar-se completamente da lógica, pois já julgou que: Embora não se resuma a puro e abstrato silogismo, a decisão judicial resulta de um exercício lógico, em que premissas e conclusões mantenham vínculos de pertinência e consequência. O dispositivo judicial é um teorema que deve ser demonstrado⁹⁶.

Neste mesmo acórdão o relator fornece na própria ementa um exemplo em que se nota que o exercício lógico tem o intuito de coibir um contrassenso na sentença, já que: uma sentença que dissesse, por exemplo: "o autor, por ser estrangeiro, carece de ação, para obter ressarcimento pelos danos causados a seu automóvel." É que a nacionalidade em nada interfere com o direito de ação para recomposição patrimonial.

Eis, portanto, o silogismo, importante recurso didático para explicar como a sentença é estruturada. Seu conceito é limitado, porquanto a realidade da prática forense desborda seus limites. Mas é, também, um importante instrumento para o controle lógico dos fundamentos da sentença.

3.3 Erro lógico da sentença (ausência de apreciação de pedido cumulado)

Até o presente teve-se como critério orientador o exame e a revisão de diversos institutos de ordem de direito processual e, em menor parte, de direito material, visando-se a adequada acomodação e a solidez do sustentáculo para o tema que ora se enfoca.

Através deste périplo, deparou-se com algumas ocorrências preciosas para desdar a complexa, vigorosa e cerrada urdidura tecida diuturnamente pelos nossos Tribunais.

Relembre-se que a importância da fundamentação adequada da sentença tem origem em direito positivo constitucional. E é, também, objeto da normatização infraconstitucional.

Podendo-se considerar a sentença como um fenômeno da comunicação, o discurso preponderante, o conteúdo da decisão, é aquele que neutraliza as alternativas do emissor, sem eliminá-las.

No direito comparado, observou-se que para doutrina italiana, a motivação da sentença ausente ou insuficiente constitui erro lógico. E em Portugal verificou-se que a jurisprudência pátria abeberou-se da interpretação firmada no sentido de que o tribunal não está obrigado a apreciar todos os argumentos, todos os raciocínios, todas as razões jurídicas produzidas pelas partes. Conceitos esses que ora se pretende desenvolver.

No âmbito da norma projetada, o conceito de decisão concisa carece ser adequadamente interpretado, com o devido comedimento, levando-se em consideração

⁹⁶ STJ, 1ª T., REsp 132349/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 15/09/1998, DJ 03/11/1998, p. 20. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17.03.2012.

situações compatíveis com a decisão concisa. Verificou-se, também, que novos conceitos valorizam a necessidade da correta fundamentação da sentença.

Da cumulação de ações decorrem inerentes complexidades. A cumulação objetiva pela causa de pedir é fortemente sensível, devendo ser analisada de maneira meticulosa, porquanto podem estar presentes fatos sem relevância jurídica e fatos que podem ensejar a cumulação de ações. A ausência de distinção entre fatos, ou a ausência de identificação da cumulação de ações pela causa de pedir pode constituir sensível prejuízo da parte, por ausência de apreciação de pedido.

No que tange ao erro lógico, aquele em que a sentença revela-se com ausência ou insuficiente motivação, observa-se que:

René Descartes, procurando traçar normas gerais e indispensáveis a qualquer trabalho científico, formulou quatro regras:

I – Nunca aceitar como verdadeira qualquer coisa, sem a conhecer como tal. Evitar cuidadosamente a precipitação e a prevenção.

II – Dividir cada uma das dificuldades a abordar, no maior número possível de parcelas que forem necessárias, para melhor resolver (análise).

III – Conduzir por ordem os pensamentos, começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para subir pouco a pouco, gradualmente, até ao conhecimento dos mais complexos (síntese).

IV – Fazer sempre enumerações tão completas e revisões tão gerais que dê certeza de nada omitir (É a condição comum e a garantia da análise e síntese)⁹⁷.

Sem prejuízo da exposição que se seguirá (*para bem conduzir a própria razão e procurar a verdade nas ciências*⁹⁸), é importante fixar a quarta regra, a de fazer sempre enumerações tão completas e revisões tão gerais que dê certeza de nada omitir.

É pertinente questionar sobre a análise e a síntese. Por que razão deve-se proceder a análise e depois a síntese? E a explicação encontra fundamento na limitação da inteligência humana. Já que:

O grande obstáculo que é preciso vencer nas ciências é, por um lado, a complexidade dos objetos e, por outro lado, a limitação da inteligência humana. A inteligência não é capaz de tirar da complexidade de idéias, de seres e de fatos, relações de causa e efeito e as relações entre princípio e consequência. Por isso há necessidade de analisar, de dividir as dificuldades para melhor as resolver⁹⁹.

Em sendo o processo a representação parcial de um determinado acontecimento da vida, longe de ser um drama falso, é inegável a busca pelas relações de causa e efeito, assim como as relações entre princípio e consequência. Essas relações, em regra, apresentam-se de maneira complexa, por assim dizer, desordenadas, ocultas, pouco nítidas,

⁹⁷ Cervo, Amado Luiz e Bervian, Pedro Alcino, Metodologia Científica, P. Alegre: McGraw-Hill, 1974, p. 57.

⁹⁸ Descartes René, Discurso do Método – subtítulo: *para bem conduzir a própria razão e procurar a verdade nas ciências*

⁹⁹ Cervo e Bervian, op. cit., p. 58.

sem aparentar importância e, assim, por diante. É através de recursos, de métodos de pensar, através da análise, da divisão das dificuldades, que se obtém aquilo que se procura. Mas, importa frisar, refazer o caminho através da síntese, reunindo todos os fragmentos feitos pela análise, é igualmente importante, porquanto se perdidos os objetos da análise o conhecimento final será incompleto.

E aqui se localiza a questão.

Se ao realizar a análise, o observador deixar de fazer a síntese, ignorando intencionalmente ou não, um ou mais elementos resultantes das relações de causa e efeito ou entre princípio e consequência, ter-se-á um conhecimento incompleto do objeto de estudo. O conhecimento, neste caso específico, deixará de ser válido, sob o aspecto lógico. Note-se que: A lei é nada omitir na análise, a fim de nada ter-se que supor na síntese, visto que a síntese só vale quanto à análise e toda a omissão desta se traduz necessariamente, por alguma lacuna, naquela¹⁰⁰.

Ora, se aquilo que se denomina ciência do Direito pretende ter para si o predicado de ciência, se faz necessário que observe o método científico. Violá-lo é se afastar do conceito de ciência. Conhecimento que se afasta da ciência tende para a pseudociência, podendo, a partir daí, ser visto de diversos ângulos, ser manejado de distintas maneiras, atender a uma miríade de finalidades, mas deixará, fatalmente, de ser ciência.

Para o campo de estudo jurídico, portanto, a sentença sem fundamentação ou fundamentação incompleta, sofre de inexorável ausência de validade, sob o aspecto lógico.

Analizada e feita a síntese da questão sob o aspecto teórico, agora ao campo prático.

É já um truísmo dizer-se que o tribunal não está obrigado a apreciar todos os argumentos, todos os raciocínios, todas as razões jurídicas produzidas pelas partes. Isso é uma verdade parcial, que pode, implicitamente, violar direitos das partes, por motivos de comodidade, mínimo esforço ou outros menos dignos de menção.

Verificou-se, sob diversos aspectos, que o discurso jurídico é composto do uso abundante das distinções, das redefinições de velhos conceitos, das analogias, das interpretações extensivas, das retorsões, das ironias, da exploração técnica das ambigüidades, das vaguezas, das presunções, tudo conforme boa retórica.

Nesse aspecto, a decisão que se exima de apreciar, por exemplo, retorsões, ironias, ambigüidades, vaguezas, presunções, está – reconhecidamente – depurando fatos simples, sem relevância jurídica, de fatos complexos, nestes casos relevantes para o processo decisório.

Ocorre que, ao invés de acobertar a reiterada conduta da parte em ver examinado argumentos sem relevância para o deslinde da causa sob o manto de o tribunal não estar obrigado a apreciar todos os argumentos da parte, poderia, visando a higidez do sistema, identificar nessa conduta o abuso do direito. Criar para si uma situação em que há probabilidade, mais ou menos previsível de ofensa ao direito fundamental da parte, por conta da recidiva da retórica, é assumir riscos desnecessários. Máxime, quando o próprio

¹⁰⁰ Cervo e Bervian, op. cit., p. 61.

sistema fornece instrumentos para coibir a conduta, por exemplo, art. 14 e seu par. ún., CPC.

É necessário examinar-se a questão sob outro ângulo, agora da cumulação de ações, seja subjetiva ou objetiva. A mais sensível seria a cumulação objetiva pela existência de mais de uma causa de pedir. A toda evidência que ao se tratar da mais sensível, as conclusões são válidas para as demais situações.

Verificou-se ser possível identificar duas espécies de cumulação de causa de pedir, a simples e a sucessiva. Por cumulação de causa de pedir simples entende-se a existência de duas ou mais causas para pedidos diferentes. E na cumulação de causa de pedir sucessiva, subordina-se um pedido ou mais de um a um outro pedido principal, de modo que procedente o principal, os sucessivos possam ser acatados.

Imagine-se a eventualidade de, nas instâncias primária e secundária, ter sido negado o exame de pedido, em decorrência de cumulação de causa de pedir distintas, sob o argumento de que o tribunal não está obrigado a examinar todos os argumentos da parte.

O provimento do tribunal nesse sentido poderá constituir uma situação grave, podendo evidenciar claramente a negativa da prestação da tutela jurisdicional. Em tal situação haverá conseqüências, igualmente graves, principalmente no aspecto da formação da coisa julgada, como adiante se exporá.

Por fim, a jurisprudência portuguesa, como se observou anteriormente, entende que o tribunal não está obrigado a analisar todos os argumentos das partes, desde que a decisão invoque algum fundamento de direito, situação que afasta sua nulidade (prevista pelo n.2 do art. 668 do CPC Português).

Naquela oportunidade destacou-se que a doutrina portuguesa dá ênfase para a teoria das nulidades. Com efeito, a sentença que invoque algum fundamento de direito, não é nula. Mas quando a justificação é insuficiente ou medíocre, sujeita-se a sentença ao risco de ser revogada ou alterada em recurso, ainda que não produza nulidade.

Existe, outrossim, uma manifesta distinção entre sentença com fundamentação insuficiente, que se constitui de erro lógico, da sentença que deixa de apreciar pedido, portadora de ofensa de direito fundamental da parte.

O uso dessa interpretação alienígena causa séria e grave instabilidade no nosso sistema. Seu melhor exame, sob novas luzes, é tarefa por fazer.

3.4 Casuística sobre o erro lógico da sentença

O Guardião da Constituição, ao interpretar a questão pela possível ofensa ao art. 93, IX, da CF, tem respondido positivamente¹⁰¹. Confirmam-se alguns julgados:

A fundamentação constitui pressuposto de legitimidade das decisões judiciais. A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como

¹⁰¹ Os acórdãos do STF reproduzidos nesta página e na seguinte estão disponíveis em: www.stf.jus.br. Acesso em: 30.04.2012.

pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica da decisão e gera, de maneira irremissível, a consequente nulidade do pronunciamento judicial. Precedentes. (HC 80.892, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-10-2001, Segunda Turma, *DJ* de 23-11-2007.) No mesmo sentido: HC 90.045, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 10-2-2009, Segunda Turma, *DJE* de 20-3-2009.

A garantia constitucional da devida fundamentação dos atos decisórios, por certo, estende-se a todos os demais ramos do direito. Por maior razão na esfera do direito penal, posto que aí está em jogo a liberdade individual. Nessa seara do direito, a devida e necessária fundamentação dos atos decisórios é extremamente sensível, como demonstra a Segunda Turma.

O Plenário do STF é igualmente permeável ao direito e sua garantia:

Garantia constitucional de fundamentação das decisões judiciais. Artigo 118, § 3º, do Regimento Interno do STM. A garantia constitucional estatuída no art. 93, IX, da CF, segundo a qual todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, é exigência inerente ao Estado Democrático de Direito e, por outro, é instrumento para viabilizar o controle das decisões judiciais e assegurar o exercício do direito de defesa. A decisão judicial não é um ato autoritário, um ato que nasce do arbítrio do julgador, daí a necessidade da sua apropriada fundamentação. A lavratura do acórdão dá consequência à garantia constitucional da motivação dos julgados. (RE 540.995, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 19-2-2008, Primeira Turma, *DJE* de 2-5-2008.) No mesmo sentido: RE 575.144, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 11-12-2008, Plenário, *DJE* de 20-2-2009, com repercussão geral.

A Assembléia da mais alta Corte advoga que a eficácia da garantia constitucional de fundamentação das decisões judiciais é atributo do Estado Democrático de Direito. E em mais de uma oportunidade confirma o tom de seu discurso, ao erigir a garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais como elemento integrante do Estado Democrático de Direito. Conforme se verifica:

Conheço do agravo regimental. É velha a jurisprudência da Corte que não admite agravo contra decisões monocráticas sujeitas a referendo do órgão colegiado (RISTF, art. 21, V). A razão seria porque, estando a eficácia da decisão subordinada ao crivo da turma ou do plenário, enquanto órgãos competentes para julgamento do agravo, careceria a parte vencida, ou terceiro prejudicado, de interesse jurídico, no aspecto da necessidade, para cognição do recurso (...) Penso, mais uma vez, deva ser revista. (...) A admissibilidade do agravo permite, assim, levar ao escrutínio do órgão colegiado questões e argumentos que, tidos por relevantes pelo recorrente e compreendidos nos limites da cognição do caso submetido a julgamento, podem ditar juízo decisório de teor diverso daquele que, sem tal iniciativa e contribuição da parte, decorreria do só reexame das questões suscitadas ou aventadas pelos próprios julgadores. E essa possibilidade, que alarga e enriquece o âmbito da *cognitio* sobre a liminar, é de todo interesse da função jurisdicional, pois o órgão julgador

não pode furtar-se a apreciar ponto ou questão cuja solução seria apta para alterar a conclusão que adotaria sem considerá-los. Se o exame de algum fundamento possível seria idôneo, por si só, a influenciar o resultado do julgamento, não é lícito ao colegiado deixar de ponderá-lo. Esta é exigência direta do postulado da inteireza da motivação, corolário da garantia constitucional da fundamentação necessária das decisões (CF, art. 93, IX), como bem observa Cândido Rangel Dinamarco. Só se cumpre o mandamento constitucional, quando o órgão julgante se não omita sobre questões cujo deslinde possa levá-lo a decidir de maneira diferente. (ADPF 79-AgR, voto do Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 18-6-2007, Plenário, *DJ* de 17-8-2007.)

O argumento principal é digno de nota, qual seja: o órgão julgador não pode furtar-se a apreciar ponto ou questão cuja solução seria apta para alterar a conclusão que adotaria sem considerá-los.

Todo o esforço interpretativo das normas em comento justifica-se com a clareza desse raciocínio. Se um ponto ou questão pode alterar a conclusão que se adotara sem considerá-los, deixar de apreciá-lo implica em ofensa ao princípio do devido processo legal.

O precedente leva em consideração ponto ou questão que deixou de ser levado em consideração. O que é significativo, porquanto por maior razão há de se considerar a causa de pedir ou mesmo o pedido que deixa de ser apreciado em casos de cumulação de ações.

Demais disso, esse entendimento entra em confronto com aqueles que afirmam que “o tribunal não está obrigado a analisar todos os argumentos das partes”, porquanto o manto do lugar-comum pode obnubilar um ponto ou uma questão que, se apreciada, pode levar o órgão julgante a decidir de maneira diferente.

Outro relevante julgado da Primeira Turma:

Não satisfaz a exigência constitucional de que sejam fundamentadas todas as decisões do Poder Judiciário (CF, art. 93, IX) a afirmação de que a alegação deduzida pela parte é 'inviável juridicamente, uma vez que não retrata a verdade dos compêndios legais': não servem à motivação de uma decisão judicial afirmações que, a rigor, se prestariam a justificar qualquer outra." (RE 217.631, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 9-9-1997, Primeira Turma, *DJ* de 24-10-1997.)

O uso de expressão como “é inviável juridicamente, uma vez que não retrata a verdade dos compêndios legais”, equivale a uma espécie de lugar-comum, consistente em idéia ou argumento muito conhecidos, que podem aparentemente servir de elemento de convicção, mas que é insuficiente para suprir a fundamentação do ato decisório. É necessária muita atenção quando se está diante de tais expressões.

Vejamos, agora, o Tribunal da Cidadania.

Cabe aqui a advertência de que existem níveis distintos de exigência quanto à interpretação das normas constitucionais e as demais de natureza infraconstitucionais. Para a interpretação da norma constitucional, no caso, o art. 98, IX, da CF, exige-se interpretação juridicamente correta, porquanto ao STF compete, precipuamente a guarda da Constituição (art. 102, CF). Nesse caso, afasta-se a incidência da ementa 343 da Súmula do

STF, a qual valida a interpretação que seja razoável, mesmo deixando de ser a melhor. Justifica-se a exigência:

A orientação revela duas preocupações fundamentais da Corte Suprema: a primeira, a de preservar, em qualquer circunstância, a supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme a todos os destinatários; a segunda, a de preservar a sua autoridade de guardião da Constituição. Esses os valores dos quais deve se lançar mão para solucionar os problemas atinentes à rescisão de julgados em matéria constitucional¹⁰².

Logo, é a partir daí que se afere que, para o STJ, basta a interpretação razoável.

Feita a advertência, compete afirmar que talvez o maior expoente em defesa da devida motivação das decisões judiciais tenha sido o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, no período em que teve assento na Quarta Turma do STJ. O primeiro aresto localizado foi assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DECISÃO JUDICIAL. NÃO-ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES POSTAS. ART. 458-II, CPC. DUE PROCESS OF LAW. RECURSO PROVIDO.

I - A motivação das decisões judiciais, elevada a cânone constitucional, apresenta-se como uma das características incisivas do processo contemporâneo, calcado no *due process of law*, representando uma "garantia inerente ao estado de direito".

II - A motivação das decisões judiciais reclama do órgão julgador, pena de nulidade, explicitação fundamentada quanto aos temas suscitados, mesmo que o seja em embargos declaratórios, sendo insuficiente a simples afirmação de inexistir omissão, contradição ou obscuridade na decisão embargada.

III - Em sede de apelo especial, indispensável o prequestionamento dos temas controvertidos no recurso, pelo que licita a interposição de embargos de declaração com tal finalidade. O tribunal, ao negar manifestação sobre teses de direito, obstaculiza a abertura da via especial tornando necessária a anulação do acórdão para que o colegiado enfrente a matéria, tendo em vista que não suprida a exigência do prequestionamento¹⁰³.

E um dos últimos julgados, também passível de localização, ao longo de quatorze anos de judicatura do íncrito e profícuo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, manteve, basicamente, a mesma dicção, assim como idêntico entendimento:

PROCESSUAL CIVIL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ALTO VALOR DA CONDENAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPUGNAÇÕES AO LAUDO PERICIAL. LUCRO EXACERBADO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. NÃO-ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES POSTAS. VIOLAÇÃO DA LEI FEDERAL CONFIGURADA. CONFIGURADA. MOTIVAÇÃO INEXISTENTE.

102 STJ, 1ª T, REsp 512.050/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 17/08/2004, DJ 30/08/2004, p. 206, RSTJ vol. 183, p. 102. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 03.05.2012.

103 STJ, 4ª T., REsp 67.514/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 19/03/1996, DJ 15/04/1996, p. 11539). Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 02.05.2012.

DUE PROCESS OF LAW. ART. 535, CPC. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

I - Em sede de apelo especial, indispensável o prequestionamento dos temas controvertidos no recurso, pelo que lícita a interposição de embargos de declaração com tal finalidade. O tribunal, ao negar a manifestação sobre teses jurídicas, com a rejeição dos embargos, obsta a abertura da via especial, cumprindo à parte tão-somente veicular a violação do art. 535, II, CPC, tendo em vista que não suprida a exigência do prequestionamento.

II - A motivação das decisões judiciais reclama do órgão julgador, pena de nulidade, explicitação fundamentada quanto aos temas suscitados, mesmo que o seja em embargos declaratórios, sendo insuficiente a simples afirmação de inexistir omissão, contradição ou obscuridade na decisão embargada. Elevada a cânone constitucional, a fundamentação apresenta-se como uma das características incisivas do processo contemporâneo, calcado no *due process of law*, representando uma "garantia inerente ao estado de direito"¹⁰⁴.

Citam-se, a título de ilustração, alguns julgados sucessivos: REsp 200.279-PR, j. em 10/05/99, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; REsp 182.475-SP, j. em 01/02/99, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; REsp 88.955-RJ, j. em 22/06/98, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, entre outros¹⁰⁵.

Nas ementas dos v. acórdãos consultados, constata-se a coordenação entre dois importantes conceitos, a saber: a) o direito à decisão judicial com motivação fundamentada, e b) a elevação desse direito como garantia constitucional.

Demais disso, está explícito que mesmo em Embargos de Declaração deve haver a manifestação do Tribunal de maneira viabilizar o acesso da via especial.

Há, como é passível de se constatar, estreita harmonia entre o entendimento esposado pelo STF e a sua repercussão nos arestos da Quarta Turma do STJ, no período já referido.

No âmbito da Terceira Turma, também do STJ, os Ministros Nancy Andrighi e Carlos Alberto Menezes Direito se destacam com decisões que em muito valorizam a devida motivação das decisões judiciais. Confira-se¹⁰⁶:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

1. Como de comum sabença, os embargos de declaração não podem ser descartados sem a devida fundamentação, que é insuficiente quando o Acórdão limita-se a uma negativa genérica sobre a ausência dos pressupostos do art. 535 do Código de Processo Civil.

2. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 186.785/GO, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 23/03/1999, DJ 10/05/1999, p. 173).

104 STJ, 4ª T., REsp 395.477/MA, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 08/10/2002, DJ 19/12/2002, p. 367. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 02.05.2012.

105 Todos os acórdãos citados disponíveis em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01.05.2012.

106 Todos os acórdãos citados disponíveis em: www.stj.jus.br. Acesso em: 02.05.2012.

E, com mais elementos sobre a devida fundamentação, confira-se a ementa a seguir:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO DE EXECUÇÃO. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO. REQUISITOS.

- A nulidade só alcança decisões ausentes de motivação, não aquelas com fundamentação sucinta, mormente quando possibilita o amplo direito de defesa por parte daquele que se sentiu prejudicado.
- O cânone hermenêutico da totalidade faz com que a interpretação da decisão judicial seja feita como um todo em si mesmo coerente, e não a partir de simples frases ou trechos isolados.
- As Turmas que compõem a Segunda Seção deste Tribunal têm admitido a penhora sobre o faturamento da empresa, desde que, cumuladamente: a) o devedor não possua bens ou, se os possuir, sejam esses de difícil execução ou insuficientes a saldar o crédito demandado, b) haja indicação de administrador e esquema de pagamento (CPC, arts. 677) e c) o percentual fixado sobre o faturamento não torne inviável o exercício da atividade empresarial.
- O processo, e a execução em especial, pauta-se por um novo paradigma, segundo o qual a rápida consecução do resultado assegurado pelo direito material é a tônica que impregna os atos processuais.
- A penhora de 15% da renda bruta mostra-se adequada à conservação da empresa.

Recurso Especial parcialmente provido.
(REsp 782901/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 27/05/2008, DJe 20/06/2008).

Mais um importante parâmetro é fornecido pelo labor hermenêutico, no sentido de que deixa de haver nulidade do ato decisório desde que a decisão garanta o amplo direito de defesa por parte daquele que se sentiu prejudicado.

Essas decisões, sem quaisquer transgressões ou repreensões, retratam o esforço interpretativo para dotar de eficácia o princípio do devido processo legal. Destacam a necessidade da decisão bem fundamentada, de que a concisão da decisão tem como limite o direito de defesa da parte e, sobretudo, são afirmativas de que a decisão com esses predicados são um direito que deve ser garantido para as partes.

Reconhece-se, diante desses predicados, a compreensão, a extensão e a eficácia do princípio do devido processo legal.

Mas, impõe-se admitir, a posição é minoritária.

Gestou-se na atmosfera da Primeira Turma, em Abril de 2002, o seguinte entendimento:

PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO UNA DE RELATOR. ART. 557, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INTELIGÊNCIA A SUA APLICAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. MATÉRIA DE CUNHO CONSTITUCIONAL EXAMINADA NO TRIBUNAL "A QUO".

1. Agravo Regimental interposto contra decisão que, com base no art. 544, § 2º, do CPC, negou provimento ao agravo de instrumento intentado pela parte agravante.
2. Acórdão a quo que, com base no art. 557, do CPC (negou-se seguimento à apelação, ante o entendimento não divergente naquela

Corte), considerou constitucional a exigência da CPMF, fundamentada na EC nº 21/99, com base em decisão do colendo STF, e que a medida cautelar na ADIn é dotada de eficácia contra todos.

3. Fundamentos, nos quais se suporta a decisão impugnada, apresentam-se claros e nítidos. Não dão lugar, portanto, a obscuridades, dúvidas ou contradições. O não acatamento das argumentações contidas no recurso não implica em cerceamento de defesa, posto que ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que ele entender atinente à lide.

4. Não está obrigado o Juiz a julgar a questão posta a seu exame conforme o pleiteado pelas partes, mas, sim com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso.

5. Os embargos declaratórios não são mero expediente para forçar o ingresso na instância extraordinária, se não houve omissão do acórdão a que deva ser suprida. Desnecessidade, no bojo da ação julgada, de se abordar, como suporte da decisão, dispositivos legais e/ou constitucionais. Inexiste ofensa aos arts. 128, 165, 458, e 535, II, do CPC, quando a matéria enfocada é devidamente abordada no âmbito do voto-condutor do aresto hostilizado.

6. "O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior." (CPC, art. 557, "caput").

7. Essa nova sistemática pretendeu desafogar as pautas dos tribunais, ao objetivo de que só sejam encaminhados à sessão de julgamento as ações e os recursos que de fato necessitem de decisão colegiada. Os demais – a grande maioria dos processos nos Tribunais – devem ser apreciados o quanto e mais rápido possível. Os recursos que se enquadrem no art. 557, do CPC, devem ser julgados, por decisão una, pelo próprio relator, em homenagem aos tão perseguidos princípios da economia e da celeridade processual.

8. Não se conhece de recurso especial quando a decisão atacada via recurso especial basilar-se, como fundamento central, em matéria de cunho eminentemente constitucional, cuja competência é da colenda Corte Suprema.

9. Agravo regimental não provido¹⁰⁷.

Na estrutura do v. acórdão colhe-se que não está obrigado o Juiz a julgar a questão posta a seu exame conforme o pleiteado pelas partes, que os embargos declaratórios não são mero expediente para forçar o ingresso na instância extraordinária, que o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal.

Logo a seguir, a conclusão, com a justificativa de que essa nova sistemática pretendeu desafogar as pautas dos tribunais em homenagem aos tão perseguidos princípios da economia e da celeridade processual.

Importante agregar que o AgRg no Ag 420.383/PR, de acordo com a base de dados consultada no STJ, é citado em outros 384 julgados daquela Corte.

¹⁰⁷ STJ, 1ª T, AgRg no Ag 420383/PR, Rel. Min. José Delgado, j. em 04/04/2002, DJ 29/04/2002, p. 202. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 02.05.2012.

A mudança de posicionamento é perceptível, onde se destaca que, se o juiz pode julgar a questão sem o exame das questões postas pelas partes, o direito de vê-las apreciadas deixou de ser garantia constitucional. Amplia-se, sobremaneira, o poder do juiz sobre a lide. Criou-se uma espécie de princípio dispositivo do juiz, onde se afigura que do universo de fato e de direito apresentado pelas partes, o Estado-juiz escolhe aquele que entende conveniente para a solução do litígio, sem precisar examinar ou justificar por deixou de escolher outros.

Os embargos declaratórios deixam de ser uma via segura de acesso para a instância extraordinária.

A característica da Corte, de julgamento colegiado, passa a ser de decisões monocráticas. Tal característica, entretanto, por si só fere o conceito de Corte.

Outro sentido, outra coloração, outro conteúdo passam a ostentar diversos dispositivos legais. E a doutrina longa e pacientemente tecida ao longo de décadas perde seu discurso, sua tônica, sua capacidade de convencimento.

E desafogar as pautas dos tribunais passou a ser sinônimo de economia e celeridade processuais. E, assim, de acordo com o entendimento vigente e majoritário no STJ, o princípio do devido processo legal passou a ser incompatível com a nova sistemática da economia e celeridade processuais.

A nova sistemática da economia e celeridade processuais é, indubitavelmente, uma grande conquista que é oriunda da soma do esforço de diversos atores da sociedade brasileira. É um reclamo, uma aspiração mais do que justa e necessária. Há todo um movimento instaurado em torno do Poder Judiciário para que esses preceitos sejam observados, sejam de aplicação habitual e, mais, que sejam, realmente, eficazes.

Há que se considerar, entretanto, que da mesma maneira que se desconhece direito absoluto, o princípio da celeridade e economia processuais devem, em situações que se justifiquem, ceder a vez. O devido processo legal é uma dessas situações em que merecem especial atenção do interprete e aplicador da lei. Deixar de observar o devido processo legal em virtude de celeridade e economia processuais é malferir um direito preponderante, eis que mesmo a celeridade e economia processuais só passam a ter razão de existir, na medida em que o devido processo legal é assegurado.

E se a economia e celeridade processuais passam a ser preponderantes, um novo conceito de direito passa a vigor. Há uma explícita questão dialética entre a decisão fundamentada e sua garantia constitucional e a decisão que prima pela celeridade e economia processuais, em detrimento da decisão fundamentada e sua garantia constitucional.

Essa última prática merece melhor e mais ampla análise, porquanto malferir a ordem constitucional há de desencadear consequências.

Nas demais Turmas do STJ encontram-se precedentes sobre o tema, contudo, sem configurar tendência bem delineada e robusta. Para eventual consulta, citam-se: REsp 1.099.647/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 15/06/2010, DJe 01/07/2010; REsp 776.922/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado

em 27/03/2007, DJ 13/04/2007, p. 364; REsp 606.384/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 12/09/2006, DJ 09/10/2006, p. 343, REsp 215278/SP, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, julgado em 06/12/2001, DJ 25/03/2002, p. 181 e REsp 32.534/DF, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Primeira Turma, julgado em 06/12/1993, DJ 07/03/1994.

3.5 Recursos contra a sentença

Recurso é o nome que se dá à impugnação apresentada contra uma decisão final, que pode ser uma sentença ou acórdão, ou decisão interlocutória, quando se refere ao sistema processual civil.

A origem do recurso está calcada na própria essência humana, de um lado o inconformismo da parte que recebe uma decisão antagônica e de outro de quem decide, o juiz, como toda pessoa é falível, suscetível de erros e injunções. Ainda de acordo com a essência humana, acredita-se que o reexame e, eventualmente, a reforma da sentença por um ou outros juízes, via de regra um tribunal, um órgão colegiado composto de mais de um juiz, de preferência em número ímpar, possibilita que se aproxime o quanto possível da melhor decisão.

Pode-se afirmar que recurso é o meio pelo qual a parte vencida provoca o reexame da matéria decidida, visando obter sua reforma ou modificação.

Na origem histórica do direito ocidental, que tem como fonte principal, sem ser exclusiva, o Direito Romano, existiram períodos em que se admitia o recurso, p. exemplo no período da *cognitio extraordinária*. E em outros períodos as decisões eram irrecorríveis, p. exemplo no tempo das *legis actionis*¹⁰⁸.

Talvez, em decorrência da ambigüidade desse regime histórico, o direito ao recurso deixou de ser levado à categoria de garantia constitucional expressa. Invoca-se, todavia, o direito ao recurso através do princípio do duplo grau de jurisdição, que tem desdobramento no conceito nuclear do devido processo legal. Entende-se, também, como cabível o direito ao recurso por interpretação extensiva a determinados artigos da CF. Pois:

O “princípio do duplo grau de jurisdição” é implícito na Constituição Federal de 1988, apesar de o inciso II do art. 102 e o inciso II do 105, ambos da Constituição, assegurarem, nos casos específicos que prevêm, um duplo grau¹⁰⁹.

Sem embargo dessa nuance, atualmente o direito ao recurso em nosso sistema processual vigente é amplo e, com pequenas ressalvas, praticamente irrestrito. Entenda-se, aí, que o direito é assegurado, todavia, condicionado ao atendimento de diversos pressupostos, assim como a parte tem direito à ação, desde que atendidas, também, as condições da ação e aos muitos pressupostos processuais, como adiante examinaremos.

As sentenças podem ser atacadas através de duas maneiras, uma através de ações autônomas, outra através de recursos. Das ações autônomas, citam-se, por exemplo, ação rescisória (quase sempre contra acórdão), o mandado de segurança contra ato judicial, a

¹⁰⁸ Santos, Moacyr Amaral, Primeiras Linhas ..., vol. III, passim, p. 82.

¹⁰⁹ Bueno, Cassio S., Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, S. Paulo:Saraiva, 2010, vol. V, p. 44.

ação anulatória, os embargos de terceiro e a reclamação constitucional. Essas ações autônomas também são conhecidas ou classificadas como sucedâneos recursais. Define-se aqui sucedâneo recursal como técnica de revisão de decisões jurisdicionais que não são recursos¹¹⁰.

Os recursos, por sua vez, estão previstos no art. 496 do CPC, a saber: apelação; agravo; embargos infringentes; embargos de declaração; recurso ordinário; recurso especial; recurso extraordinário e embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário. Os regimentos internos dos Tribunais agregam outros, por exemplo: agravo regimental, previsto nos arts. 258 a 259 do RISTJ.

Embora tenham finalidades semelhantes, posto que servem para impugnar decisões judiciais, ações autônomas e recursos não devem ser confundidos entre si. Eis que as ações autônomas dão ensejo a um novo processo, inclusive dando origem ao nome que os classificam: *ações autônomas*. Enquanto que os recursos dão seguimento ao mesmo processo no qual foi emitida a decisão que deu causa ao inconformismo. Cita-se o agravo de instrumento, interposto através de autos em apartado, todavia sem constituir relação processual à parte, haja vista pertencer ao processo do qual teve sua origem.

Importa notar que outros ramos do Direito, como exemplo, a Justiça do Trabalho, ainda que usem o CPC de maneira supletiva, possuem um sistema recursal próprio. No âmbito daquela Especializada vigora o entendimento de que:

Ensinam os doutrinadores que a enumeração dos recursos admissíveis no processo trabalhista, contida no art. 893 da CLT, é taxativa: esgotando as possibilidades, não deixa lacuna a ser preenchida pela invocação subsidiária do Código de Processo Civil. Em outros termos: não há omissão da CLT, em matéria de recursos, mas exclusão dos não enumerados. Cabíveis, portanto, são apenas quatro recursos: embargos, ordinário, revista e agravo¹¹¹.

Orienta-se a Justiça do Trabalho, fortemente, pela simplificação dos recursos, em benefício da celeridade processual, assim como em favor da efetividade do processo.

No campo de ação da Lei de Execuções Fiscais existe o art. 34 da Lei 6.830/1980 que admite apenas embargos infringentes e de declaração contra sentenças proferidas em execuções de pequeno valor¹¹².

Já o microsistema dos Juizados Especiais prevê, de igual maneira, um regime próprio de recursos, de acordo com o que se extrai do art. 41, da Lei 9.099/95, arts. 14 e 15 da Lei 10.259/2001 e da Resolução 390, de 17 de setembro de 2004, do Conselho da Justiça Federal. Essa Resolução 390, aliás, dispõe sobre o Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais.

¹¹⁰ Bueno, Cassio Scarpinella, op. cit., p. 501.

¹¹¹ Giglio, Wagner D., Direito Processual do Trabalho, S. Paulo: LTr, 1986, p. 342.

¹¹² O citado art. 34 da Lei 6.830/1980 considera de pequeno valor as execuções fiscais de até 50 ORTNs (Obrigações do Tesouro Nacional). A ORTN foi extinta há muito tempo, todavia, debatem jurisprudência e doutrina para saber o valor de tal obrigação; se deve ou não ser computados expurgos inflacionários passados. Tudo num nítido clima de incerteza e de indefinições absolutamente desnecessárias, mas que criam instabilidade de direitos.

Dos mencionados diplomas legais estão previstos os seguintes recursos: a) contra decisão em medida cautelar: recurso inominado para Turma Recursal; b) contra a sentença definitiva: recurso inominado para Turma Recursal; c) contra o acórdão no recurso inominado: Incidente de Uniformização de Turmas da mesma Região; d) contra o acórdão no incidente de Uniformização de Turmas da mesma Região: Incidente de Uniformização de Turmas de Regiões Diversas; e) contra decisão da Turma Nacional de Uniformização contrária à súmula ou à jurisprudência dominante do STJ: Incidente de Uniformização ao STJ, e f) Embargos de Declaração, com a suspensão do prazo para o recurso principal (arts. 48 a 50 da Lei 9.099/95). Das decisões das Turmas Recursais é cabível o oferecimento de Recurso Extraordinário ao STF.

Aparentemente o sistema recursal ora adotado e, sobretudo, acrescido pela Resolução n. 390, desborda o princípio de simplicidade e celeridade que inicialmente nortearam a criação do microssistema dos Juizados Especiais.

Importante tópico a ser abordado no presente tema diz respeito aos pressupostos processuais. Vasta doutrina debruça-se sobre o tema e que pode ser consultada sem maiores dificuldades. Sobre os pressupostos apresenta-se, em breve síntese, a que se segue:

O recurso, para ser admitido, depende da presença de determinados requisitos, que são chamados pressupostos, e sem os quais, ou algum dos quais, o mérito da impugnação deixará de ser julgado.

Alguns desses requisitos são de ordem objetiva, pois dizem respeito ao recurso em si mesmo; outros de ordem subjetiva, pois dizem respeito às pessoas dos recorrentes.

São os principais pressupostos objetivos do recurso:

Recorribilidade da decisão – Significa que a decisão deve, por lei, ser recorrível;

Tempestividade do recurso – O recurso deve ser apresentado dentro do prazo estabelecido pela lei;

Singularidade do recurso – Significa que contra cada decisão, só é possível um recurso. Por exceção, a lei admite a interposição simultânea de dois recursos, como acontece, por exemplo, com o Recurso Extraordinário e o Especial;

Adequação do recurso – A parte não pode impugnar uma decisão mediante a apresentação de qualquer recurso. Aqui tem aplicação o princípio da fungibilidade, pois desde que sem caracterizar o erro grosseiro ou a má-fé, o recurso inadequado será admitido, e

Preparo do Recurso – A parte deverá efetuar o pagamento das despesas relativas ao processamento do recurso.

Pressupostos subjetivos do recurso:

Legitimação – Legitimado, em princípio, para impugnar a sentença é aquele que foi parte no processo em que ela foi proferida, inclusive o terceiro prejudicado, o qual ingressa no processo, justamente após a prolação da sentença, e

Interesse – O recorrente deve ter interesse em recorrer e este interesse existe em favor de quem a sentença trouxe um prejuízo¹¹³.

A motivação do recurso, onde o recorrente deve indicar as razões de fato e de direito que o levaram a discordar da decisão recorrida, ficou intencionalmente fora do rol dos pressupostos objetivos, para uma melhor análise.

Esse pressuposto está relacionado com um princípio denominado de *tantum devolutum quantum appellatum* e que tem como supedâneo legal o art. 515 do CPC, que estabelece que a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

O § 1º do art.515 do CPC, em particular, dá ao Tribunal um poder ilimitado de revisão do processo sob sua apreciação. Pois permite, claramente, ao Tribunal conhecer de matéria que ficou fora da sentença. E, pode ocorrer, por extensão, fora das razões de fato e de direito que levaram a parte prejudicada a discordar da decisão recorrida.

Logo, o Tribunal pode reformar uma sentença por uma questão ou controvérsia que deixaram de constar das razões do recurso, sendo que a parte contrária, o recorrido que tem em tese a seu favor a decisão de primeiro grau, sequer pode impugná-las!

Essa situação torna desigual o tratamento dispensado às partes. Ofende o princípio da paridade das armas, assim como retira de uma das partes a possibilidade do contraditório, com contundente ofensa ao devido processo legal. Interessante notar que essa possibilidade é usada, ainda, pelo Tribunal de maneira absolutista e aleatória, com quebra evidente do princípio de isonomia do tratamento das partes por favorecer uma delas. Isso pouquíssimo auxilia no aprimoramento da prestação da tutela jurisdicional.

Em reforço à tese esposada, vale recordar que em outra seara recursal, nos Embargos de Declaração, inadmite-se o efeito modificativo, havendo jurisprudência consolidada a esse respeito, onde se afirma, taxativa e peremptoriamente, serem incabíveis Embargos de Declaração com efeitos infringentes. Mas há situações em que o Tribunal antevê a possibilidade de efeito modificativo nos Embargos, hipótese na qual determina o processo do recurso na modalidade de Agravo Regimental, para, então, atender a dois reclamos, o que acabamos de examinar, a possibilidade do efeito modificativo e, outro igualmente importante, atender-se ao princípio do contraditório, uma vez que descabe resposta aos Embargos de Declaração. Passam de dois milhares de casos no E. STJ, à época da consulta¹¹⁴.

Ora, se tal cuidado e atenção, adequação e contraditório, são dispensados quando uma das partes apresenta em seu recurso uma possibilidade de efeito modificativo no julgado, por maior razão o Tribunal deveria ter quando cuidar de modificar uma sentença sem provocação da parte e, ao mesmo tempo, privando o direito de defesa da outra.

¹¹³ Carreira Alvim, J. E., Elementos de Teoria Geral do Processo, Rio:Forense, 1977, passim, p. 266 e segs.

¹¹⁴ Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 25.04.2012. Ver, por exemplo, EDcl no AREsp 71747/SP.

O § 1º do art. 515, assim como art. 516, ambos do CPC, tais como redigidos, aparentemente afiguram-se como anticonstitucionais. Deveriam, há muito, ter sido objeto de melhor exegese.

Tal proceder adotado pelo nosso sistema pátrio parece encontrar certa ressonância com o critério denominado de absorção pela jurisprudência italiana, adiantando-se, antes de expô-lo por inteiro, que tal critério é um equívoco. Se não, vejamos.

Debateu-se, em certo momento do direito peninsular, acirradamente, sobre a possibilidade de alterar a causa de pedir na fase recursal, por uma singela formulação: considerando como *causa petendi* o modo de aquisição nas ações reais, afirmou-se, inexatamente, que é lícito mudar a *causa petendi* na apelação para concluir que se pode invocar na apelação um novo modo de aquisição.

Admitida formulação, ocorreu de se aceitar a mudança de causa (por exemplo: pleiteada em primeira instância a anulação de uma compra e venda por erro, admitiu-se em segunda instância o pedido de anulação por incapacidade: aresto de 31 de março de 1930, nº 1.067).

Daí decorreu o seguinte critério, denominado de absorção, a par dos conceitos tradicionais para a identificação das ações, formulado pela Corte Suprema Italiana, em diversas decisões: ...há nova demanda quando a petição formulada pela primeira vez em grau de apelação importe em lide nova e diversa da em primeira instância, a qual, por isso, não se esgota e consuma na decisão que, sobre a nova petição, é proferida pelos juízes de segunda instância (22 de junho de 1927, na *Giurisprudenza italiana*, 1927, p. 1.086;...

Em outras palavras, quis a Corte Italiana que a decisão sobre a nova causa proposta em grau de apelação absorva e torne improponível para o futuro a questão sobre a antiga causa, tem-se presente um grupo de casos em que diversas ações tendem a um mesmo resultado e formula-se a hipótese de que a ação rejeitada em primeira instância seja acolhida na apelação com fundamento na nova causa. Nesta hipótese, a primeira causa é absorvida.

A crítica que se fez a esse critério é baseada no argumento por absurdo, pois ao admitir que o autor possa em grau de recurso formular uma nova causa de pedir, deveria ser-lhe lícito, igualmente, formular um novo pedido. E assim: E é bastante essa observação para provar como o critério da absorção é equívoco, falaz e inidôneo para substituir aqueles precisos e certos, fornecidos pela doutrina na identificação das ações¹¹⁵.

Inadmite-se entre nós o conceito da absorção, pelo princípio da estabilização do processo, porquanto após a citação é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir sem consentimento do réu já citado (art. 264, CPC), mesmo diante da revelia (art. 321, CPC) e, em nenhuma hipótese, poderá ocorrer a alteração do pedido após o saneamento do processo (art. 264, § único, CPC).

No plano material, outrossim, o exemplo colhido do direito italiano teria pouca percussão entre nós, porquanto perante o direito brasileiro as causas são absolutamente distintas, eis que o erro pertence à cláusula geral dos vícios do consentimento e o defeito de idade à formação do ato ou negócio jurídico.

¹¹⁵ Chiovenda, Giuseppe, ob. cit., passim, p. 441 e 442.

Mas, seguindo a argumentação já iniciada, sob certo viés, concede-se ao Tribunal conhecer de causa de pedir desacompanhada de razões recursais; o que se deve levar à conta de igual equívoco pelas razões anteriormente mencionadas agregadas a essa última observação, oriunda da doutrina italiana.

Por fim, ressalta-se, uma vez mais, a importância da sentença ser bem fundamentada, conquanto não se recorra de fundamentos, mas da conclusão, os fundamentos hão de ser atacados também, e como premissas do pedido de reforma da decisão¹¹⁶.

3.6 Apelação contra sentença

A apelação é um recurso por excelência e está previsto no art. 496, I, do CPC. Existem normas de caráter geral que lhe são pertinentes e que estão nas disposições gerais dos recursos (arts. 496 a 512, todos do CPC) e normas específicas, tratadas em capítulo (arts. 513 a 521, todos do CPC). O que se nota é que a partir da apelação é que se constrói uma teoria geral de recursos.

A apelação é cabível contra a sentença, nos exatos termos do art. 513, do CPC. Há, claro, fundada dúvida quanto ao recurso cabível contra o conteúdo do ato decisório que é terminativo ou interlocutório, em virtude das peculiaridades de nosso sistema recursal.

Nem sempre o conteúdo do ato judicial é suficiente para defini-lo como sentença ou decisão interlocutória, sendo relevante agregar a função do ato.

Para o tratamento específico do tema, sem adentrar ao seu casuísmo, assim como em situações excepcionais, conceitua-se o ato judicial denominado sentença como sendo aquela delineada pelo art. 162, § 1º, do CPC, que é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 do CPC. Dessas situações cabe o recurso de apelação previsto nos arts. 513 a 521 do CPC.

E o ato judicial denominado decisão interlocutória como sendo aquele antevisto pelo art. 162, § 2º, do CPC, em que o juiz resolve questão incidente, sendo interponível contra este o recurso de agravo, previsto nos arts. 522 a 529 do CPC.

O art. 514 traz exigências que são tratadas como regularidade formal do recurso, a saber: I – os nomes e a qualificação das partes; II – os fundamentos de fato e de direito; III – o pedido de nova decisão.

Atendo-se aos fundamentos de fato e de direito é nesse item que a parte fará a exposição do que pretende com o seu recurso. Aqui é que o apelante deverá demonstrar a omissão ao pedido ou causa de pedir formulado em petição inicial e que deixou de ser apreciação pela decisão de primeira Instância.

¹¹⁶ Arruda Alvin, op. cit., vol. II, p. 360.

A isso se denomina prequestionamento¹¹⁷: O prequestionamento consiste na exigência de que a questão de direito veiculada no recurso interposto para tribunal superior tenha sido previamente decidida no julgado recorrido.

É de fundamental importância para a parte não só veicular a questão no recurso interposto, mas insistir, reiterar, repetir à exaustão, através dos meios e recursos cabíveis, tanto no tribunal intermediário, como no superior, o conhecimento sobre a questão. É justamente aqui que, na maioria das vezes, as cortes deixam de conhecer e decidir sobre o pedido ou a causa de pedir, valendo-se de hirtas fórmulas preconcebidas que maltratam de mediato o direito da parte e de imediato o princípio do devido processo legal. É necessário demonstrar toda a combatividade possível quanto a este item.

No mais, se faz necessário a observância dos ditames da lei, no sentido de se respeitar o prazo de 15 dias para a propositura do recurso (art. 508, CPC) e realizar o preparo quando exigido pela legislação pertinente (art. 511, CPC).

Caso exista o juízo negativo de admissibilidade do recurso de apelação (art. 518 e seus §§, do CPC), a parte pode insurgir-se contra essa questão incidente através de Agravo de Instrumento (art. 522, caput, CPC).

3.7 Embargos de Declaração

O termo embargos, no direito brasileiro, pode significar tanto ação como recurso. Adota-se aqui o significado de recurso, previsto no art. 535, do CPC.

A primeira vista tem-se a impressão de que os Embargos de Declaração só podem ser interpostos contra sentença e acórdão, pelo que se pode concluir da disposição literal do art. 535, I, do CPC.

Mas, atualmente, é pacífico o cabimento de Embargos de Declaração sobre todos os pronunciamentos judiciais, por exemplo, sentença, acórdão, decisão interlocutória proferida em primeiro grau, decisão monocrática em tribunal e outros.

A princípio a exceção se dá na hipótese de despacho, porquanto o art. 504, do CPC, estabelece que dos despachos não cabe recurso. Pode, também, servir como óbice à parte a ausência de interesse recursal, posto que o despacho deixa de gerar sucumbência e tampouco dá ensejo para a preclusão. Havendo qualquer defeito no despacho, é defensável a apresentação de simples petição para saná-lo.

Mas, tendo-se em vista a finalidade dos Embargos de Declaração, considerando-se o modelo constitucional do direito processual, em que todos têm direito a prestação jurisdicional completa, clara e inteligível, pode-se ter como válida a interpretação que tem como cabível o recurso contra despacho. A ressonância dessa interpretação, entretanto, na jurisprudência atual é praticamente inexistente.

Os Embargos de Declaração têm como finalidade denunciar a obscuridade, a contradição e a omissão no ato judicial.

¹¹⁷ Pimental Souza, Bernardo, Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória, S. Paulo: Saraiva, 2007, p. 418.

A obscuridade tanto pode ser ideológica como material. A obscuridade ideológica é aquela caracterizada pelo defeito na transmissão de idéias pelo julgador. A material, por sua vez, consiste em vício formal de pronunciamento jurisdicional, como o agregamento de palavra ou frase desconexa com o período ou oração, oriundo de erro de digitação ou ausência de atenção.

A contradição representa a incompatibilidade entre proposições constantes do julgado, que geram conflitos entre si.

Por fim, a omissão consiste no silêncio do órgão julgador sobre questão ou argumento apresentado pelas partes. É o tema que mais atrai a atenção para a finalidade do desenvolvimento do tópico em exame.

Prestigiada doutrina afirma que:

Decorre da (necessária) visão constitucional do direito processual civil, acentuada pelo n. 1, supra, a discordância deste Curso com as comuníssimas decisões que rejeitam embargos de declaração fundamentados na ocorrência de omissão afirmando, com variadas fórmulas, que o magistrado não é obrigado a responder uma a uma as questões levantadas pelas partes ou que basta, ao magistrado, um argumento para embasar a sua decisão, sendo desnecessário o exame dos demais¹¹⁸.

Note-se, nesse passo, que a discordância tem fundamento na visão constitucional do direito processual civil. Tal prática corriqueira, a de afirmar que o magistrado não é obrigado a responder uma a uma as questões levantadas pelas partes, malfere princípios constitucionais.

Demais disso, se existe um recurso que visa justamente colmatar a omissão, negar a resposta ao reclamo da parte é, por si só, incidir numa contradição lógica explícita.

Considerando-se a amplitude do processo, em termos de recursos materiais e intelectuais gastos, como já se teve oportunidade de frisar, nada mais proporcional do que a resposta satisfatória ao direito pleiteado pelas partes. E assim:

Somente com a resposta jurisdicional completa é que se terá condições de saber por que o fundamento que uma das partes ou terceiro reputa essencial não o é e em que medida o fundamento ou os fundamentos empregados pela decisão são realmente suficientes para embasá-la. A necessidade de motivação das decisões jurisdicionais não pode ser pensada de forma diversa, com o devido respeito dos que entendem diferentemente¹¹⁹.

Outro erro lógico é revelado na construção doutrinária. As decisões que prestigiam a afirmação que o magistrado não é obrigado a responder uma a uma as questões levantadas pelas partes, partem de um antecedente inexistente, que é o de supor

¹¹⁸ Bueno, Cássio Scarpinella, Curso Sistematizado, vol. V, p. 231

¹¹⁹ Bueno, Cássio Scarpinella, op. e loc. cit.

que mesmo que a decisão fosse completa, fundamentada adequadamente, a parte deixaria de ter interesse recursal de insurgir-se contra ela. E, mais, há uma outra suposição, de que a parte, mesmo recorrendo, os fundamentos do recurso seriam inoperantes para modificar a decisão.

Sob os aspectos abordados, as decisões que prestigiam a afirmação que o magistrado não é obrigado a responder uma a uma as questões levantadas pelas partes, são insustentáveis perante a lógica e o direito posto. Pede-se, a exemplo do trecho doutrinário transcrito, o devido respeito para os que entendem diferentemente.

3.8 Coisa julgada em face da ausência de apreciação de pedido cumulado

A relação de direito processual se estabelece com a citação, desenvolve-se visando o término ou modificação do conflito e se encerra com a satisfação do julgado. Se a sentença deixa de apreciar um ou mais pedidos, incluindo-se aí em todas as suas modalidades, a relação processual permanecerá em aberto. Em virtude disso, pelo aspecto lógico, o manto da coisa julgada deixa de se estender sobre o pedido que permaneceu inconsútil.

Eventualmente, por uma questão de política judiciária, poderá essa proposição ser contraditada. Há que se ressaltar que lógica e política, apartadas do mundo ideal, são imiscíveis. E, solucionar questões jurídicas com fundamento em critérios políticos pode causar instabilidades em diversos setores da sociedade.

Sendo assim, se levarmos em consideração que ao Estado cabe dirimir o conflito entre as partes, servindo de mediador para a pacificação social, havendo pedido por ser apreciado, a tarefa resta inacabada. Nesse aspecto, a omissão é grave, porquanto sob enfoque da parte, viola-se direito fundamental, insculpido no inciso XXXV, do art. 5º, CF. E pela perspectiva do Estado, a falta pode abalar seu fundamento ou razão de ser, afrontando-se com isso o inciso I, do art. 1º, da CF.

Pela sua importância, a sentença deve ser classificada como pressuposto de existência do processo. Afinal, se através da sentença materializa-se a jurisdição, processo com sentença que deixa de resolver todo o conflito entre as partes é um processo com jurisdição incompleta ou pendente. Pelo aspecto pragmático, para que serve um processo sem a existência de uma sentença que resolva todo o conflito entre as partes?

E sob o prisma do convencimento das partes, remanescerá a dúvida sobre o próprio conflito, pois sobejará sempre: e se aquele pedido fosse apreciado? A solução poderia ser outra? Aquela causa de pedir que ficou omissa na sentença, poderia ter mudado o curso do processo? E, assim, num grande crescimento exponencial de dúvidas e possibilidades.

O que se faz, o que se constata, é que quando se usa o jargão de que o Estado-juiz não está obrigado a apreciar todos os argumentos das partes, poderá, com margem de dúvida que se deve considerar, sufocar direito da parte, violando princípios constitucionais, usando de uma força desproporcional, sem razão e nem fundamento, para – a seu modo – impor uma solução que, eventualmente, deixe de atender aos interesses dos jurisdicionados.

Impor uma solução, nessas circunstâncias, desborda os limites do Estado Democrático de Direito.

Ora, se a questão é essa e se foi apresentada de maneira correta, há um sério descompasso entre o mundo empírico, a interpretação e a aplicação do direito. Se ambas afirmativas forem falsas, deve-se desprezar a conclusão.

Feita a ressalva, a solução para uma situação dessas, onde a sentença deixa de apreciar pedido, é que a coisa julgada é inoperante. Sem haver coisa julgada, o prazo prescricional sequer tem início ou contagem. A sentença pode ser objeto de pedido de nulidade a qualquer tempo, todavia, com limite dentro do prazo prescricional das ações ordinárias.

Seria, comparativamente, o reverso da relação processual que deixou de se formar por ausência de citação da parte. A sentença que deixou de apreciar pedido adia, indefinidamente, o encerramento da relação processual. A ação de nulidade, conseqüentemente, será sempre tempestiva.

Toda teoria necessita de seu campo de provas. A questão que agora se propõe é saber se a sentença que em face da cumulação de ações deixa de apreciar um ou mais pedidos, ou que deixa de apreciar causa de pedir que pode dar ensejo a mais de um pedido, pode ser: 1) objeto de coisa julgada; 2) desconstituída por ação rescisória; 3) anulada através de ação de nulidade.

De acordo com o art. 467, CPC, coisa julgada material é a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso, seja ordinário ou extraordinário.

Necessário verificar-se se neste conceito estariam abrangidos os pedidos ou as causas de pedir que deixaram de ser apreciados. Aqui se afasta do campo da formulação da petição inicial, ou da resistência aos pedidos, posto que é a sentença que forma a coisa julgada.

Ato contínuo deságua-se, a princípio, numa importante questão, embora pouco pacífica, que se traduz na existência ou não de capítulos na sentença.

A doutrina pátria diverge sensivelmente, havendo partidos solidamente constituídos, munidos de convincentes argumentos. Demais disso, ambas correntes de pensamento possuem defensores de reconhecida estatura intelectual.

No sentido de que a sentença é una: Somente pode haver *uma* sentença válida proferida em cada processo ou fase processual de conhecimento¹²⁰.

E, em sentido oposto, de que existem capítulos na sentença: Cada capítulo do decisório, quer todos do mérito, quer heterogêneos, é uma unidade elementar autônoma, no sentido de que cada um deles expressa uma deliberação específica¹²¹;...

¹²⁰ Nery Jr, Nelson, Nery, Rosa Maria de, S. Paulo: RT, 11.ed.rev.ampl. e atual. até 17.2.2010, 2010, nota 15 ao art. 162, destaque do original.

¹²¹ Dinamarco, Cândido Rangel, Capítulos de Sentença, S. Paulo: Malheiros, 2008, p. 34.

Naturalmente debater e esmiuçar o tema é tarefa que extravasa, em muito, a simplicidade do presente trabalho. Mas, ainda que superficialmente, alguns elementos são relevantes para o desenvolvimento do tema da sentença una ou em capítulos, posto que: a técnica da divisão em capítulos restringe-se ao decisório, não aos fundamentos da sentença¹²².

Logo, é de se entender que a parte insurge-se contra a parte dispositiva da sentença que lhe foi desfavorável ou, mais amiúde, do pedido que deixou de ser apreciado ou de constar na parte dispositiva da sentença.

O STJ, através de sua Corte Especial, teve oportunidade de julgar um EResp sobre o conceito de capítulos da sentença. Confira-se: Sendo a ação una e indivisível, não há que se falar em fracionamento da sentença/acórdão, o que afasta a possibilidade do seu trânsito em julgado parcial¹²³.

Inobstantemente a profundidade e a argúcia com as quais os ministros integrantes da Corte Especial debateram a questão, destacam-se dois argumentos basilares para a compreensão do julgado, que estão expostos no voto do Ministro Franciulli Netto. O primeiro é no sentido de que coisa julgada e preclusão são institutos inconfundíveis. A questão decidida e não recorrida preclui, mas não faz coisa julgada, enquanto pende recurso ainda por julgar. E, o segundo, é no sentido que capítulos poderão existir desde que para cada pedido houvesse uma correspectiva causa de pedir.

No caso concreto, a Corte Especial assentou o entendimento de inadimitir-se o fracionamento da sentença em razão de compreender a lide original apenas uma causa de pedir de onde resultaram dois pedidos, um de lucros cessantes e outro de danos emergentes. São os casos já examinados de cumulação imprópria de ações.

Dentro, ainda das razões de decidir do EResp 404.777/DF, trouxe-se à colação alguns argumentos de ordem cartorária de difícil solução, por exemplo, considerando-se possível o fracionamento da sentença, de que maneira se poderia obter uma certidão de trânsito em julgado parcial (Art. 485, caput, CPC)? Quem poderia emitir essa certidão?

Sem prejuízo dessa e de outras questões, assentou-se que é possível admitir-se o fracionamento da sentença quando existir a cumulação de ações.

Outros três julgados falam na existência de parte autônoma na sentença, sem, entretanto explicitar o que seria parte autônoma na sentença, podendo ser entendido que os julgados quiseram se referir a pedidos distintos. São, respectivamente, REsp 201.688-PR; REsp 212.286-RS e REsp 293.926-SC.

Este último contém a melhor ementa em síntese e em conteúdo, como se segue:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. INÍCIO DO PRAZO DECADENCIAL.

O recurso ordinário ou extraordinário, desde que em ataque à decisão com partes autônomas, não impede o trânsito em julgado da parte do

¹²² Dinarmarco, Cândido Rangel, op. cit., p. p. 32.

¹²³ STJ, Corte Especial, EResp 404.777/DF, Rel. Min. Fontes de Alencar, Rel. p/ Acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, j. em 03/12/2003, DJ 11/04/2005, p. 169. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 04.05.2012.

decisum que não foi impugnada, sendo a partir daí contado o prazo decadencial para propositura da ação rescisória versando sobre o tema não recorrido. Precedente.

Recurso especial não conhecido¹²⁴.

Esses acórdãos tratam do prazo para propor ação rescisória, mais precisamente, a partir de que momento deve iniciar-se a contagem do prazo. Todas as decisões firmaram posição de que o prazo deve ser contado a partir da parte da sentença que deixou de ser objeto de recurso, de parte irrecorrida. Justificam, esses acórdãos, o entendimento que adotaram pelo argumento de que a sentença contém parte autônoma.

Esse entendimento leva a crer que quando se trata de cumulação de ações objetivas, com mais de dois pedidos autônomos ou de causa de pedir distinta que ensejam dois ou mais pedidos, a sentença transita em julgado em momentos distintos. Mas nos recursos referidos, a questão dos pedidos ou causa de pedir deixaram de ser explicitamente abordados.

De igual maneira o trânsito em julgado da sentença pode ocorrer em momentos distintos quando se trata da cumulação subjetiva. Eis que em determinada situação alguns dos litisconsortes podem ser intimados da sentença em audiência, outros através da imprensa oficial, outros com prazos distintos para recorrer (art. 191), outros precisam ser intimados pessoalmente (art. 236, §2º) e, assim, sucessivamente.

Apreciando um caso de pedido implícito, honorários advocatícios que deixaram de ser fixados em sentença, a Segunda Turma do STJ, assim decidiu:

HONORÁRIOS DE ADVOGADO. OMISSÃO NO JULGAMENTO DO FEITO. PLEITO FORMULADO EM AÇÃO PRÓPRIA. ADMISSIBILIDADE.

Admite-se que a verba honorária, em havendo omissão na sentença e não sendo estipulada na fase de liquidação, venha a ser obtida por meio de ação própria, sem ofensa ao princípio da coisa julgada¹²⁵.

Verifica-se que em determinado momento o STJ entendeu ser possível a cobrança de honorários advocatícios, através de ação própria, quando a sentença deixou de fixá-los, sem vislumbrar a ofensa à coisa julgada. Essa posição, entretanto, cedeu vez através do EREsp 462.742, oportunidade em que a Corte Especial, assentou que:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. HONORÁRIOS NÃO FIXADOS. COISA JULGADA. AÇÃO DE COBRANÇA POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. - Se a sentença - omissa na condenação em

¹²⁴ STJ, 5ª T., REsp 293.926/SC, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 17/04/2001, DJ 04/06/2001, p. 230 .

Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 04.05.2012.

¹²⁵ STJ, 2ª T., REsp 28.085/SP, Rel. Min. Hélio Mosimann, j. em 06/09/1995, DJ 02/10/1995, p. 32344.

Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 04.05.2012.

honorários de sucumbência - passou em julgado, não pode o advogado vitorioso cobrar os honorários omitidos¹²⁶.

Há, por certo, nítida mudança de posicionamento na interpretação. Resta saber o que motivou a mudança.

O voto-vista do Ministro Antônio Pádua Ribeiro sana a dúvida, ao esclarecer que: Na verdade, no curso desses anos, passamos a adotar uma tese mais restritiva para evitar a proliferação de processos¹²⁷. (Voto-vista no EREsp 462.742/SC)

E imaginar-se que num passado, pouco distante, o critério de interpretação do Tribunal da Cidadania já foi: A melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos legais pode levar a injustiças¹²⁸.

Pode-se acrescentar ao entendimento do ínclito Ministro, tampouco aquela que visa a proliferação de processos. E se tanto fora pouco, Súmula do STJ, por certo, retira qualquer possibilidade de dúvidas quanto a impossibilidade do manejo de ação própria para cobrança de honorários advocatícios, pois: Os honorários advocatícios sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria¹²⁹ (ementa 453 da Súmula do STJ).

Até aqui a questão da maneira proposta, portanto, permite uma conclusão parcial, qual seja, até determinado momento da orientação jurisprudencial do STJ, a tese de que o pedido sem apreciação estaria fora dos limites dos efeitos da coisa julgada poderia encontrar ressonância. Mais amiúde, o pedido ou a causa de pedir que deixou de ser apreciada pela sentença deixaria de estar acobertada pela coisa julgada. Mas, após determinado momento a orientação do STJ foi alterada e o entendimento preponderante é no sentido de que passou a ser agasalhada pelo manto da coisa julgada.

Passando o pedido que deixou de ser apreciado a fazer parte integrante da coisa julgada, no prazo decadencial de dois anos, a parte prejudicada tem a possibilidade de manejar a ação rescisória, com amparo no art. 485, V, do CPC. Lembrando que o inciso V trata da hipótese em que a sentença violar literal disposição de lei. Quando a decisão judicial deixa de apreciar o pedido, poderá ensejar a ação rescisória de acordo com a hipótese prevista no art. 485, V, do CPC.

Ainda que seja esta a orientação atual e majoritária do STJ, existe argumento para ser examinado sobre a pertinência da ação rescisória, na hipótese de ausência de apreciação de pedido ou causa de pedir.

E é no sentido da supressão de Instância, posto que o princípio do duplo grau de jurisdição quer significar que toda decisão proferida pelo magistrado (o órgão *a quo*) é passível de recurso para outro (o órgão *ad quem*) que tenha condições de revisar, no sentido amplo, aquela

126 STJ, Corte Especial, EREsp 462.742/SC, Rel. Ministro Barros Monteiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Humberto Gomes de Barros, j. em 15/08/2007, DJe 24/03/2008. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 05.05.2012.

127 Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 05.05.2012

128 STJ, 4ª T, REsp 299/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 28/08/1989, DJ 02/10/1989, p. 15350. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 05.05.2012

129 Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 05.05.2012

decisão¹³⁰. Ora, se a competência para a propositura da ação rescisória ou é no Tribunal intermediário ou no Tribunal superior, haverá a supressão do primeiro grau de jurisdição. Com isso, a parte já prejudicada com a omissão na apreciação de seu pedido, tem sua condição agravada ante a supressão de grau de jurisdição.

E isso se dá em virtude do efeito substitutivo que a decisão prolatada pelo último Tribunal que examinou a matéria possui. Ou seja, havendo qualquer modificação no julgado pelo tribunal imediatamente superior, este passa a ser competente para conhecer a ação rescisória. E sendo assim, sempre que houver o efeito substitutivo, haverá a supressão da instância imediatamente inferior para conhecer o pedido ou causa de pedir omissos.

Dentro, portanto, de um critério que se oriente pelo respeito aos princípios já estabelecidos, assim como aos demais ditames legais, tais como legislação infraconstitucional, matéria sumulada e outros, a propositura de ação rescisória encontraria difícil acomodação, criando-se um casuísmo onde, argumentando-se por hipótese, sendo admitida contra decisões dos tribunais intermediários, haverá a supressão do primeiro grau, ou admitida nos tribunais superiores, ocorrerão supressões do primeiro grau e do tribunal intermediário. Tal situação pouco auxilia na sistematização do tratamento do tema.

Examina-se, agora, o cabimento da ação de nulidade.

Ao julgar um recurso onde se alegava o julgamento *extra petita*, a Quinta Turma do STJ teve oportunidade de assim decidir: O julgamento *extra petita* constitui *error in procedendo*, que acarreta a nulidade da decisão, razão pela qual deve ela ser cassada¹³¹. Há uma complementação desse conceito de julgamento em outro v. acórdão onde se assentou que: A prestação jurisdicional há que ser entregue em sua plenitude. É dever do magistrado apreciar as questões que lhe são impostas nos autos, assim como à parte ter analisado os fatos postos ao exame do Poder Judiciário¹³².

Ora, se a prestação jurisdicional deve ser entregue em sua plenitude, a decisão jurídica que deixa de enfrentar questões impostas nos autos é nula. E no âmbito de questões imposta nos autos, está a decisão que julga fora do pedido (*extra petita*), por maior razão deve ser anulada a decisão quando deixa de apreciar um pedido.

Importante e relevante caso julgado pelo STF resolveu a sensível questão da seguinte maneira:

DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios

¹³⁰ Bueno, Cassio Scarpinella, Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, S. Paulo: Saraiva, 2010, vol. 5, p. 44.

¹³¹ STJ, 5ª T., REsp 546137/RS, Rel. Mini. Arnaldo Esteves Lima, j. em 07/11/2006, DJ 27/11/2006, p. 304. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 08.05.2012

¹³² STJ, 1ª T., AgRg no REsp 640457/MG, Rel. Min. José Delgado, j. em 21/09/2004, DJ 03/11/2004, p. 158. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 08.05.2012

daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - INTEIREZA. A ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível. Omisso o provimento judicial e, em que pese a interposição de embargos declaratórios, persistindo o vício na arte de proceder, forçoso é assentar a configuração da nulidade. Isso ocorre diante da recusa do órgão julgador em emitir entendimento explícito sobre a valia, ou não, de aresto indicado, como paradigma, para efeito de conhecimento do recurso de revista - artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho¹³³.

Nota-se que a prestação ao jurisdicionado deve ser a mais ampla e convincente possível. E, persistindo a omissão, resta configurada a nulidade.

Essas decisões enfrentam a questão da ausência de apreciação do pedido pelo prisma da legalidade e do devido processo legal, sustentando-se tanto em princípios constitucionais, como em dispositivos infraconstitucionais, de resto extremamente profiláticos e depurativos. Forçoso reconhecer-se, entretanto, que são decisões de cunho nitidamente minoritário.

Uma questão medial, entretanto, apresenta-se quanto à natureza das decisões do STJ. O STJ, nessa esteira, seria uma Corte de Cassação ou de Revisão?

O tema já foi ventilado, conforme se verifica da ementa a seguir transcrita:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO DO SEGURADO EM GRUPO CONTRA A SEGURADORA. PRESCRIÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. JULGAMENTO DA CAUSA.

1. Em caso de omissão verificada no acórdão, deve o Tribunal supri-la: há de se pronunciar sobre o ponto omissio.

2. Tratando-se de questão de direito, compete ao STJ, suprimindo a omissão, prosseguir-se no julgamento da causa. Regimento Interno, art. 257. Súmula 456/STF.

3. O prazo de um (1) ano a que se refere a Súmula 101/STJ conta-se da data em que o acidentado teve conhecimento da extensão de sua incapacidade; no caso, da data em que se aposentou.

4. Embargos recebidos, mantida, porém, a conclusão do acórdão embargado¹³⁴.

¹³³ STF, 2ª T., RE 158655, Relator Min. Marco Aurélio, j. em 20/08/1996, DJ 02-05-1997 PP-16567 Ement Vol-01867-01 PP-00171. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 15.05.2012.

¹³⁴ STJ, 3ª T., EDcl no REsp 51.163/SP, Rel. Min. Nilson Naves, j. em 10/03/1998, DJ 21/09/1998, p. 157. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 24.05.2012.

O debate na Terceira Turma que antecedeu à elaboração da ementa em foco é deveras rico e substancial. Iniciou-se com o Ministro Eduardo Ribeiro, questionando a respeito da abrangência e a profundidade no julgamento do Especial.

Tal questionamento se deu em virtude de que no Especial reconheceu-se que matéria de fato não fora objeto de exame em primeiro e segundo graus, pronunciando-se pela anulação do processo, a partir da sentença, inclusive, para que examinasse a alegação pertinente aos fatos, mas desde logo estabelecida a premissa de direito (no caso, a prescrição com prazo distinto do fixado por sentença e mantido por acórdão).

Determinou-se que é pacífico o entendimento de que no Tribunal Superior não se fará reexame de fatos já estabelecidos nas Instâncias ordinárias ou que não se adiantará o julgamento, quando necessário sopesar provas e trate de questão de que não se acertou no julgamento recorrido.

Mas, da mesma maneira que isso é pacífico, há um reflexo instantâneo em outro princípio fundamental do sistema que é a liberdade do juiz aplicar a lei. Ou seja, na medida em que o Tribunal Superior cassa uma decisão, determina ao juiz que prolate outra em seu lugar, prefixando o direito a ser aplicado, na verdade está condicionando o julgamento ou o seu resultado, tolhendo a liberdade do juiz julgar.

Após discorrer exemplarmente sobre a questão proposta, com insuperável vigor democrático, o Ministro Eduardo Ribeiro entendeu que o primeiro deve ceder em favor do segundo Ou seja, a liberdade do juiz deve ser preservada. O Tribunal Superior, nessas situações deve, ao conhecer do Recurso Especial, julgá-lo, aplicando o direito à espécie, em conformidade com a parte final do art. 257 de seu Regimento Interno.

Essa posição liberal, por sua vez, cedeu passo a interpretação mais restritiva, a qual reafirma a posição de que o Superior Tribunal é uma Corte de Cassação, conforme menciona o voto-vista do Ministro Eduardo Ribeiro, comparando-a com a “Cassazione con rinvio”, regulada no artigo 383 do Código de Processo Civil Italiano. Não há, absolutamente, como a Corte Superior imiscuir-se na matéria fática do julgado, atualmente.

Com isso, embora seja tema diverso daquele que ora se trata, porém impossível de se deixar notar, que estava sendo engendrado no Planalto Central o delinear longínquo daquilo que mais tarde viria ser conhecido como súmula vinculante, prevista pela Lei n.º 11.417/06, a qual prima pelo exíguo espaço concedido para o livre convencimento do juiz.

A ação de nulidade, por ausência de apreciação de pedido, pode ser compatível pela ordem vigente, caso observadas determinadas peculiaridades.

Seu fundamento seria a ausência ou falha de prestação da tutela jurisdicional, considerando-se a jurisdição como pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (art. 5º, XXXV, da CF e 267, IV, do CPC).

A omissão deve figurar, obviamente, tanto na decisão de primeira como de segunda Instância.

A decisão que deixa de solucionar o litígio no seu todo ou em parte fica destituída da qualidade de imutabilidade na sua parte decisória. Isso se justifica pelo fato de que

a coisa julgada se refere àquilo que efetivamente foi decidido, na parte dispositiva, pelo ato judicial decisório. Atendo-se ao princípio da legalidade, o sistema deixa de contemplar qualquer norma que estabeleça que a coisa julgada possa estender-se sobre aquilo que deixou de ser decidido.

A ação deve ser proposta em primeira Instância, a exemplo do que ocorre com a ação de nulidade por ausência de citação. E, a partir daí, ter seu regular curso.

4. CONCLUSÕES

1. O fundamentar jurídico é um procedimento institucionalizado de decidir entre aquelas possibilidades que são previamente fornecidas pelo sistema, devendo ser obrigatoriamente expresso de maneira inteligível, preferencialmente no momento oportuno, sob pena de nulidade do ato decisório. E, caso a possibilidade seja ausente no sistema, o prolator da decisão deverá se valer dos sistemas de integração do direito validamente aceitos.

2. O custo do moroso trâmite processual, que prejudica um grande número de jurisdicionados, por diversos motivos, atos e condutas, na maioria das vezes, não recai sobre quem o ocasiona. Seria relevante repensar o cumprimento de prazos não só pelas partes, mas pelas serventias, juízes, ministério público, oficiais de justiça, peritos e outros participantes do processo. Hoje o sistema de prazo processual, excluindo aqueles dirigidos às partes, é peça de ficção. Um sistema de compensação financeira seria um meio de fazer valer o que a lei processual estabelece como, por exemplo, as custas por retardamento previstas nos arts. 22 (para o réu), 29 (amplo), 31 (parte), 113 § 1º (parte), 181 §2º (parte), 267 §3º (réu), 453 § 3º (amplo), 688 parágrafo único (escrivão, porteiro ou leiloeiro), todos do CPC. O rol poderia ser aumentado, assim como devidamente aplicado.

3. Embora erigida como princípio constitucional, a fundamentação, no mundo empírico ainda requer grande esforço dos operadores do direito para ter a interpretação devida, de acordo com os valores vigentes em nossa sociedade, no momento em que ocorrer o ato judicial de decidir.

4. De acordo com a doutrina italiana, a motivação omissa, inepta ou contraditória é considerada como *error in procedendo*. E, portanto, passível de anulação pela Corte de Cassação. Agrega, ainda, que a motivação ausente ou imperfeita constitui um erro lógico.

5. Para o direito lusitano, a sentença que invoque algum fundamento de direito, não é nula. Mas quando a justificação é insuficiente ou medíocre, sujeita-se a sentença ao risco de ser revogada ou alterada em recurso, ainda que não produza nulidade. Nossos tribunais não se aperceberam da sutileza da doutrina portuguesa e, com extrema contumácia, validam decisões medíocres ou insuficientemente fundamentadas.

6 - Admitir a sentença concisa em Processo de Conhecimento parece ser solução inadequada. Positivar o ensejo de menor trabalho ou de menor esforço para o Estado-juiz está longe de melhorar a prestação da tutela jurisdicional. A efetividade deve visar – também - a sentença devidamente fundamentada.

7 - Ao invés de flexibilizar o fundamento da sentença no processo ordinário, o legislador poderia ampliar o campo de incidência do procedimento especial previsto pela Lei do Juizado Especial, atualmente em quarenta salários mínimos (art. 3, I, da Lei 9.099/95). Bastaria o legislador aumentar, por exemplo, o valor da causa para abranger um maior número de processos sujeitos aos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual, celeridade e, acrescentamos aqui, a sentença concisa.

8 – O art. 476 do projeto de Código de Processo Civil contém dois períodos que podem ser lidos independentemente, embora dêem a impressão, num primeiro momento, de que se trata de períodos coordenados entre si. A saber: a) estabelece a obrigatoriedade

de fazer constar no fundamento da sentença o método interpretativo que foi empregado para dar sentido (compreensão) para norma ou normas que foram empregadas para resolver o litígio, e b) exige que no fundamento da sentença, restem demonstradas as razões pelas quais, ponderando os valores em questão e à luz das peculiaridades do caso concreto, não se aplicou princípios colidentes.

9 – Uma possível interpretação ao art. 474 do CPC, pode ser analisada quando os fatos formam um grupo, um conjunto pertinente, um encadeamento, quando possuírem um liame entre cada um deles, se o autor apresentar, por exemplo, um só fato, entende-se que todos os demais foram apresentados. E se o réu apresentou ou contrapôs apenas um fato àquele ofertado pelo autor, considera-se que todos os demais a ele compatíveis foram, igualmente, apresentados com a defesa. Aos fatos compatíveis com aqueles que foram efetivamente apresentados, mas por uma escolha do autor ou do réu deixaram de ser formulados, estendem-se os efeitos objetivos da coisa julgada material.

10 - O litisconsórcio voluntário alternativo é uma espécie pouco disseminada, mas de inegável interesse, devendo ser amplamente difundida, eis que harmônica com os princípios da instrumentalidade, celeridade e economia processuais.

11 - Da cumulação de ações decorrem inerentes complexidades. A cumulação objetiva pela causa de pedir é fortemente sensível, devendo ser analisada de maneira meticulosa, porquanto podem estar presentes fatos sem relevância jurídica e fatos que podem ensejar a cumulação de ações. A ausência de distinção entre fatos, ou a ausência de identificação da cumulação de ações pela causa de pedir pode constituir sensível prejuízo da parte, por ausência de apreciação de pedido.

12 – O silogismo é um importante recurso didático para explicar como a sentença é estruturada. Seu conceito é limitado, porquanto a realidade da prática forense desborda seus limites. Mas é, também, um importante instrumento para o controle lógico dos fundamentos da sentença.

13 – Para o âmbito do estudo jurídico a sentença sem fundamentação ou fundamentação incompleta, sofre de inexorável ausência de validade, sob o aspecto lógico.

14 - É já um truísmo dizer-se que o tribunal não está obrigado a apreciar todos os argumentos, todos os raciocínios, todas as razões jurídicas produzidas pelas partes. Isso é uma verdade parcial, que pode, implicitamente, violar direitos das partes, por motivos de comodidade, mínimo esforço ou outros menos dignos de menção.

15 – Para o STF o órgão julgador não pode se furtar a apreciar ponto ou questão cuja solução seria apta para alterar a conclusão que adotaria sem considerá-los.

16 – Até determinado momento da história do STJ sua jurisprudência orientou-se para a necessidade da decisão bem fundamentada, de que a concisão da decisão tem como limite o direito de defesa da parte e, sobretudo, são afirmativas de que a decisão com esses predicados são um direito que deve ser garantido para as partes.

17 – Atualmente o STJ agasalha o entendimento de que o juiz pode julgar a questão sem o exame das questões postas pelas partes, o direito de vê-las apreciadas deixou de ser garantia constitucional. Com isso criou-se uma espécie de princípio

dispositivo do juiz, onde se afigura que do universo de fato e de direito apresentado pelas partes, o Estado-juiz escolhe aquele que entende conveniente para a solução do litígio, sem precisar examinar ou justificar porque deixou de escolher outros. Os embargos declaratórios deixam de ser uma via segura de acesso para a instância extraordinária. A característica da Corte, de julgamento colegiado, passa a ser de decisões monocráticas.

18 - O § 1º do art. 515, assim como art. 516, ambos do CPC, tais como redigidos, aparentemente afiguram-se como anticonstitucionais. Deveriam, há muito, ter sido objeto de melhor exegese.

19 – Via de regra, são nos fundamentos de fato e de direito do recurso de apelação que a parte deverá demonstrar a omissão ao pedido ou causa de pedir formulado em petição inicial e que deixou de ser apreciado pela decisão de primeira Instância.

20 – A orientação jurisprudencial atual do STJ é no sentido de que o pedido ou causa de pedir que deixou de ser apreciado pela sentença é atingido pelo manto da coisa julgada. E, assim sendo, cabe à parte prejudicada manejar a ação rescisória, com amparo no art. 485, V, do CPC.

21 – Discordamos dessa posição, porquanto tal entendimento gera a supressão de Instância. Posto que a parte já prejudicada com a omissão na apreciação de seu pedido, tem sua condição agravada ante a supressão de grau de jurisdição.

22 - A ação de nulidade, por ausência de apreciação de pedido pode ser compatível pela ordem vigente, caso observadas determinadas peculiaridades.

BIBLIOGRAFIA

Livros

ARRUDA ALVIM in **Manual de Direito Processual Civil**, S. Paulo:RT, 1992, vol. 1,

_____, **Manual de Direito Processual Civil**, S. Paulo:RT, 1991, vol. 2,

ALVIM, Thereza in **Questões Prévias e os Limites Objetivos da Coisa Julgada**, S. Paulo:RT, 1977,

ARAGÃO, E. D. Moniz de in **Comentários ao Código de Processo Civil**, Rio: Forense, 1979, vol. II,

ASSIS, Araken de in **Cumulação de Ações**, S. Paulo:RT, 1992,

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. in **Sentença e Coisa Julgada**, P. Alegre: Fabris Editor, 1988,

BARBI, Celso Agrícola in **Comentários ao Código de Processo Civil**, Rio:Forense, vol. I, tomo II,

BASTOS, Celso Ribeiro in **Curso de Direito Constitucional**, S. Paulo:Saraiva, 1996,

BAUMAN, Zygmunt in **Modernidade Liquida**, R. Janeiro: Zahar, 2000, p. 99.

BUENO, Cassio Scarpinella in **A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil**, S. Paulo:Saraiva, 2006, vol. I,

_____, **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**, S. Paulo:Saraiva, 2010, vol. V,

CALMON DE PASSOS, José Joaquim in **Comentários ao Código de Processo Civil**, Rio:Forense, 1977, vol. III,

CAPPELLETTI, Mauro in **Juízes Legisladores?**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999,

CARNELUTTI, Francesco in **Instituições do Processo Civil**, S. Paulo:Classic Book, 2000, vol. I,

CARREIRA ALVIM, J. E. in **Elementos de Teoria Geral do Processo**, Rio:Forense, 1977,

CHIOVENDA, Giuseppe in **Instituições de Direito Processual Civil**, Campinas: Bookseller, 1998, vol. I,

CERVO, Amado Luiz e Bervian, Pedro Alcino in **Metodologia Científica**, P. Alegre: McGraw-Hill, 1974,

DESCARTES, René in **Discurso do Método** apud Cervo, Amado Luiz e Bervian, Pedro Alcino, Metodologia Científica, P. Alegre: McGraw-Hill, 1974,

DINAMARCO, Cândido Rangel in **A Instrumentalidade do Processo**, S. Paulo: RT, 1987,

_____, **Capítulos de Sentença**, S. Paulo: Malheiros, 2008,

DINIZ, Maria Helena in **As Lacunas no Direito**, S. Paulo: Saraiva, 1989,

_____, **Norma Constitucional e seus Efeitos**, S. Paulo:Saraiva, 1989,

FERNANDES, Antonio Scarance in **Incidente Processual**, S. Paulo: RT, 1991,

FERRAZ JR, Tércio Sampaio in **Introdução ao Estudo do Direito**, S. Paulo: Atlas, 1989,

FONSECA, Carlos Simões in **Sincretismo Processual e Acesso à Justiça**, S. Paulo: Ltr, 2009,

GIGLIO , Wagner D. in **Direito Processual do Trabalho**, S. Paulo:LTr, 1986,

GRECO FILHO, Vicente in **Direito Processual Civil Brasileiro**, S. Paulo:Saraiva, 1999, vol. II,

LIEBMAN, Túlio Enrico in **Manual de Direito Processual Civil**, Rio: Forense, 1984, vol. I,

MARQUES, José Frederico in **Manual de Direito Processual Civil**, S. Paulo: Saraiva, 1987, vol. II, 1ª parte,

_____, **Manual de Direito Processual Civil**, S. Paulo: Saraiva, 1987, vol. III, 2ª parte ,

MCLUHAN, Marshal in **Os meios de comunicação como extensões do homem** (understanding media), S. Paulo: Cultrix, 1979,

MIRANDA, Pontes de in **Comentários ao Código de Processo Civil**, Rio: Forense, 1974, tomo II,

_____, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Rio: Forense, 1974, tomo IV,

MONTEIRO, João in **Processo Civil e Comercial**, ed. 1912, § 126, nota 1, apud Amaral Santos, Moacyr, Prova Judiciária no Cível e Comercial, S. Paulo: Max Limonad, 3ª ed. , I,

NERY JR, Nelson, Nery, Rosa Maria de, S. Paulo: RT, 11.ed.rev.ampl. e atual. até 17.2.2010, 2010,

PIMENTAL SOUZA, Bernardo in **Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória**, S. Paulo: Saraiva, 2007,

SANTOS, Moacyr Amaral in **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, S. Paulo: Saraiva, 1983, vol. 3,

SATTA, Salvatore in **Direito Processual Civil**, Pádua: Cedan, 7ª ed.; Rio: Borsoi, 1973, vol. II,

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da e Rocasolano, Maria Mendez in **Direitos Humanos – Conceitos, Significações e Funções**, S. Paulo:Saraiva, 2010,

REALE, Miguel in **Teoria Tridimensional do Direito**, S. Paulo: Saraiva, 1986,

REIS, Alberto dos in **Código de Processo Civil Anotado**, Coimbra:Coimbra Editora, 1984, vol. V,

TELLES JR, Goffredo da Silva in **O Direito Quântico**, 1971, apud Maria Helena Diniz, As Lacunas no Direito, S. Paulo: Saraiva, 1989,

THEODORO JR, Humberto in **Curso de Direito Processual Civil**, Rio:Forense, 1985, vol. I,

WATANABE, Kazuo in **Da Cognição no Processo Civil**, S. Paulo:RT, 1987,

Revistas

BARBOSA MOREIRA, José Carlos em Conferência: **Os Novos Rumos do Processo Civil Brasileiro**, Revista de Processo, S. Paulo:RT, Abril-Junho de 1995, n. 78,

DIAS, Eduardo Rocha em Artigo: **A Sentença: Um Silogismo?**, Revista de Processo, S. Paulo:RT, Outubro-Dezembro de 1993, n. 72,

FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio de em Artigo: **O Processo Civil na Nova Constituição**, Revista de Processo n. 53, S. Paulo:RT, Janeiro-Março, 1989,

Documentos eletrônicos

Artigos

BARACHO, José Alfredo de Oliveira em Artigo: **Teoria Geral dos Conceitos Legais Indeterminados**. Disponível em: <
http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/26264/teoria_geral_conceitos_legais.pdf?sequence=1>. Acesso: 16.02.2012

MIRANDA, Gladson Rogério de Oliveira em Artigo: **Prequestionamento nas questões de ordem pública**, Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 174, 27 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4606>>. Acesso em: 31 jan. 2012.

PENTEADO, Luciana de Camargo em Artigo: **O “que” de Específico nas Cláusulas Gerais**. Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/subportais/raiz/RDGV_01_p149_152.pdf>. Acesso: 16.02.2012.

Documentos

A Magna Carta do Rei João sem Terra. Disponível em: < <http://www.wikipedia.org> >. Acesso em 20 de janeiro de 2012.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> . Acesso em 2 de fevereiro de 2012.

Emenda nº 1 – CTRCPC – Substitutivo – ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010. . Disponível em < <http://professormedina.com/> > Acesso em 12.03.2012

Decisões (por ordem de citação no texto)

STJ, 1ª Turma, Recurso Especial 182382/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, j. em 17/06/1999, DJ 02/08/1999, p. 148. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >. Acesso em 5 de janeiro de 2012.

STF, 1ª Turma, Recurso Extraordinário 435.256, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 26/05/2009, DJE de 21-8-2009. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> >. Acesso em 16 de janeiro de 2012.

STF, Plenário, ADI 1.985, Rel. Min. Eros Grau, j. em 3-3-2005, DJ de 13-5-2005. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >. Acesso em 13 de janeiro de 2012.

STF, Plenário, ADI 189, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 9-10-1991, Plenário, DJ de 22-5-1992.

STJ, 1ª T, REsp 15188/SP, rel. Ministro Demócrito Reinaldo, j. em 10/02/1993, DJ 15/03/1993, p. 3784. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >. Acesso em 11 de março de 2012.

STJ, 1ª T., REsp 1109421/SC, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 01/10/2009, DJe 09/10/2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 03.05.2012.

STJ, 2ª T., REsp 727.233/SP, Rel. Min. Castro Meira, j. em 19/03/2009, DJe 23/04/2009. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >. Acesso em 17 de abril de 2012.

STJ, 1ª T., REsp 132349/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 15/09/1998, DJ 03/11/1998, p. 20. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17.03.2012.

STF, HC 80.892, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-10-2001, Segunda Turma, DJ de 23-11-2007. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 30.04.2012.

STF, RE 540.995, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 19-2-2008, Primeira Turma, DJE de 2-5-2008. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 30.04.2012.

STF, ADPF 79-AgR, voto do Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 18-6-2007, Plenário, DJ de 17-8-2007. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 30.04.2012.

STF, RE 217.631, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 9-9-1997, Primeira Turma, DJ de 24-10-1997. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 30.04.2012.

STJ, 1ª T., REsp 512.050/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 17/08/2004, DJ 30/08/2004, p. 206, RSTJ vol. 183, p. 102. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 03.05.2012.

STJ, 4ª T., REsp 67.514/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 19/03/1996, DJ 15/04/1996, p. 11539). Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 02.05.2012.

STJ, 4ª T., REsp 395.477/MA, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 08/10/2002, DJ 19/12/2002, p. 367. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 02.05.2012.

STJ, 3ª T., REsp 186.785/GO, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª T., j. em 23/03/1999, DJ 10/05/1999, p. 173. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 02.05.2012.

STJ, 3ª T., REsp 782901/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, Terceira Turma, j. em 27/05/2008, DJe 20/06/2008. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 02.05.2012.

STJ, 1ª T., AgRg no Ag 420383/PR, Rel. Min. José Delgado, j. em 04/04/2002, DJ 29/04/2002, p. 202. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 02.05.2012.

STJ, Corte Especial, EREsp 404.777/DF, Rel. Min. Fontes de Alencar, Rel. p/ Acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, j. em 03/12/2003, DJ 11/04/2005, p. 169. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 04.05.2012.

STJ, 5ª T., REsp 293.926/SC, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 17/04/2001, DJ 04/06/2001, p. 230. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 04.05.2012.

STJ, 2ª T., REsp 28.085/SP, Rel. Min. Hélio Mosimann, j. em 06/09/1995, DJ 02/10/1995, p. 32344. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 04.05.2012.

STJ, Corte Especial, EREsp 462.742/SC, Rel. Ministro Barros Monteiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Humberto Gomes de Barros, j. em 15/08/2007, DJe 24/03/2008. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 05.05.2012.

STJ, 4ª T., REsp 299/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 28/08/1989, DJ 02/10/1989, p. 15350. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 05.05.2012

STJ, 5ª T., REsp 546137/RS, Rel. Mini. Arnaldo Esteves Lima, j. em 07/11/2006, DJ 27/11/2006, p. 304. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 08.05.2012

STJ, 1ª T., AgRg no REsp 640457/MG, Rel. Min. José Delgado, j. em 21/09/2004, DJ 03/11/2004, p. 158. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 08.05.2012

STF, 2ª T., RE 158655, Relator Min. Marco Aurélio, j. em 20/08/1996, DJ 02-05-1997 PP-16567 Ement Vol-01867-01 PP-00171. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 15.05.2012.

STJ, 3ª T., EDcl no REsp 51163/SP, Rel. Min. Nilson Naves, j. em 10/03/1998, DJ 21/09/1998, p. 157. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 24.05.2012.