Direito

Segundo Semestre

Matéria digitada por Wesley Fernandes e contribuições.

Avisos

A matéria disponibilizada neste exemplar serve apenas como base do que foi passado no segundo semestre, ficando o aluno a cargo de pesquisar e estudar com fontes auxiliares, o conteúdo aqui é totalmente reduzido, contribuído com resumos de matérias de provas, assim como também resumos e conteúdos disponibilizados por alguns professores.
Este livro não possui cunho de exploração de capital e com isso não ganho nada afim de respeitar direitos autorais, apenas digito a matéria e disponibilizo da forma impressa.
Lembrando que pode haver erros ortográficos ou falta de concordância, haja visto o texto não passa por revisão de um profissional, espero que entenda e utilize da melhor forma possível.

Obrigado.
Wesley Fernandes.

Direito – Segundo Semestre

Índice

- Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo.
- Ciência Política.
- Fundamentos do Direito Civil.
- Economia e Negócios.
- Sociologia Geral.
- História do Direito.

Direito – Segundo Semestre

DIREITO PROCESSUAL CIVIL I

Professora Simone Diogo Carvalho Figueiredo

Teoria Geral do Processo

Considerações introdutórias

Sociedade e Direito

Atualmente é predominante o entendimento de que não há sociedade sem direito: *ubi societas ibi jus* (onde es-tá a sociedade, aí está o direito).

Só não haveria lugar para o direito na imaginária situação de um ermitão vivendo em local deserto, sem convívio com ninguém e sem a subordinação a um Estado soberano.

Como, em regra, o homem não consegue obter, por si próprio, tudo que necessita, vive o homem em sociedade.

Daí indaga-se: qual a causa dessa correlação entre Estado e Direito.

E a resposta está na função que o direito exerce na sociedade: a função ordenadora. A função ordenadora se estabelece pela coordenação dos diversos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre as pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre seus membros.

Assim, o Direito é uma forma de controle social ou, na expressão de Goffredo da Silva Telles (www.goffredotellesjr.adv.br), direito é “ciência da convivência humana”.

Desta forma, coube ao Direito uma normatização (elaboração de normas) do comportamento humano, surgindo

como um conjunto de normas gerais[1] e positivas[2], disciplinadoras da vida social.

Contudo, não basta traçar a norma de conduta, pois o equilíbrio e desenvolvimento sociais só ocorrem se a observância das regras jurídicas fizer-se obrigatórias e, por esta razão, o Estado cuida não apenas de elaborar as leis, mas também de instituir meios de imposição coativa do comando expresso na norma.

Desta feita, a existência de normas de conduta não é suficiente para evitar ou eliminar os conflitos que surgem na sociedade, surgindo daí a necessidade de previsão de sanções, caso não observada a norma de conduta.

A crença na existência de um direito natural decorre, entre outras coisas, da

[1] As normas jurídicas **gerais** guardam relação com o receptor normativo, designando-se geral aquela significação que é dirigida a um conjunto de sujeitos indeterminados, ou seja, normas que regulamentam a conduta de pessoas **indeterminadas,** sem individualizar o sujeito da relação jurídica à qual se pretende estabelecer (caráter universal). Contrapõem-se às normas individuais, cujos destinatários são determinados na norma.

[2] Primeiramente, devemos considerar que as normas éticas podem surgir de três modos distintos: 1. espontaneamente, derivando de costumes sociais; 2. por meio de revelações a grupos religiosos, derivando da vontade divina; **3. voluntariamente, por meio de decisões que as criam. No terceiro caso, a norma ética será chamada de positiva. Uma norma positiva, portanto, é uma norma criada por decisão de alguém.** O direito positivo pode ser considerado aquele conjunto de normas jurídicas criado por meio de decisões voluntárias e, o agente que, hoje, toma tais decisões é o Estado.

insatisfação filosófica do ser humano ante as características apontadas no direito positivo: mutabilidade, regionalidade, relatividade. Haveria a ânsia por identificarmos um direito que ultrapasse tais limitações. Para os jusnaturalistas, o direito natural, seria *permanente*, pois derivaria de valores que antecedem e constituem o ser humano, não podendo ser modificado por força de atos voluntários (o Estado não pode modificar seus preceitos), estando as normas jurídicas naturais em um patamar acima da capacidade decisória humana. O direito natural seria também *universal*, pois seus preceitos são idênticos a todos os seres humanos, independentemente de suas condições culturais específicas, ou seja, uma norma jurídica natural é a mesma para um brasileiro, um argentino ou um chinês, não sofrendo variações regionais. E por fim, o direito natural seria *absoluto*, pois independe de qualquer autoridade local que o positive e que lhe dê valor. Não precisamos, assim, relacioná-lo a nada além de si mesmo para reconhecê-lo como obrigatório. Uma norma jurídica natural vale simplesmente porque existe, pois é condição indispensável para nossa humanidade. Assim, para seus defensores, o direito positivo é eivado da imperfeição humana, de maneira que o Estado ao positivar suas normas, deve fazê-lo o mais próximo possível das normas de direito natural.

Assim, uma vez descobertas as normas do direito natural, o ideal seria que o Estado as transformasse, sem exceções, em direito positivo. Todavia, isso, na prática, nem sempre ocorre. Em algumas situações, surgem **conflitos** entre ambos (direito natural x direito positivo) e, neste caso, indaga-se sobre qual norma deve prevalecer?

Os *jusnaturalistas* não têm dúvidas ao afirmar que existe uma hierarquia: o direito natural, por ser perfeito e *dado* aos seres humanos, é superior ao direito positivo. Caso uma norma positiva contrarie um preceito do direito natural, ela pode ser desobedecida pela população, pois não seria, verdadeiramente, uma norma jurídica. **Assim, o direito positivo só se transforma em direito se e enquanto estiver de acordo com o direito natural**. Essa postura, mesmo que extremada, justifica atos de resistência à lei positivada, pelo direito natural, como injusta, causando insegurança jurídica, sob o ponto de vista do direito estatal.

Há alguns *jusnaturalistas*, mais contidos e moderados, e que afirmam que o direito natural é apenas um conjunto valorativo que deve nortear, orientar a atividade legislativa do Estado, não tendo o poder de transformar uma norma em jurídica ou não. Desta forma, ainda que o direito positivo viole um preceito do direito natural, ele deve ser obedecido, posto o

reconhecimento de que as normas jurídicas criadas pelo Estado (normas positivas) nem sempre corresponderão integralmente às normas jurídicas naturais, sempre havendo alguns pequenos conflitos.

Mas, e se o Estado criar uma lei que cause uma injustiça insuportável aos membros de uma sociedade? E, se for positiva uma norma jurídica que viole frontalmente o direito natural (liberdade, vida, sobrevivência etc)? Imaginem a hipótese de um determinado Estado positivar uma norma em que se determine o extermínio de um grupo étnico em determinado território. A população não poderia e, até, deveria resistir a essa lei, que viola o direito natural à vida? Os *jusnaturalistas* afirmariam que sim. Mas, e os defensores do positivismo?

Nem todos os juristas, contudo, possuem uma visão *dualista* do direito, acreditando na existência da dicotomia positivo x natural. Muitos juristas adotam uma perspectiva *monista*, afirmando que o direito corresponde apenas às normas criadas por decisão da vontade política dominante, que controla o Estado, ou seja, só existiria o direito positivo (não reconhecem a existência do direito natural).

Tal corrente, chamada de *positivista*, prega que as normas jurídicas são aquelas positivadas pelo Estado e não dependem de critérios externos a elas, como a moral, o

costume, a religião ou o direito natural. Sempre que uma norma jurídica for criada de acordo com os procedimentos previstos pelo Estado (normalmente previstos na Constituição), **é considerada válida e deve ser obedecida**, ainda que viole valores naturais. Para os positivistas, o reconhecimento da prevalência do direito natural sobre o direito positivo padeceria de uma série de graves problemas, o que dificultaria, inclusive, a sua aplicação prática.

Entre tais problemas que poderiam surgir, talvez o mais grave seria a impotência, ou seja, a falta de uma garantia estatal. As normas jurídicas positivas são coercivas e atributivas, especificando uma sanção penal ou civil para o caso de descumprimento. Na hipótese do não cumprimento de uma norma natural não há qualquer consequência organizada pela sociedade. Menos ainda se o descumprimento for praticado pelo próprio Estado. Essa impotência levaria o direito natural ao descrédito e a um enfraquecimento ainda maior.

De qualquer sorte, não obstante o peso das críticas *positivistas*, durante o século XX, o direito natural renasceu quando parecia definitivamente condenado ao esquecimento histórico. Por mais que a dicotomia direito positivo x natural esteja enfraquecida, dada a aparente vitória do primeiro, acredito não ser possível proclamar ou defender que esse estado seja eterno. E você? É

jusnaturalista ou positivista? Acredita na dicotomia entre direito positivo x direito natural?

Conflitos e insatisfações - LIDE

De qualquer sorte, a existência do direito regulador, com função ordenadora, não é suficiente para evitar ou eliminar os conflitos que entre as pessoas possam surgir. Esses conflitos caracterizam-se por situações em que uma pessoa, pretendendo para si determinado bem, material ou imaterial, não pode obtê-lo, seja porque (a) aquele que poderia satisfazer sua pretensão não a satisfaz (resistência), seja porque (b) o próprio direito proíbe a satisfação voluntária da pretensão (proibição da autotutela – autodefesa).

Nessas duas situações caracteriza-se a insatisfação de uma pessoa, e a experiência mostra que a insatisfação é sempre um fator antissocial, independentemente de a pessoa ter ou não ter direito ao bem pretendido.

Esse desacordo existente, caracterizado pela insatisfação (pretensão x resistência) faz surgir o que denominamos de LIDE.

LIDE: vários são os nomes para empregar às situações conflituosas entre pessoas: confusão, conflito, perrengue, quiproquó etc. No entanto, a ciência processual utiliza um conceito para designar os conflitos que o Estado-juiz deve solucionar, criado pelo processualista italiano Francesco Carnelutti: lide. Assim, para o jurista italiano todos os institutos processuais devem ser estudados tendo como foco a lide.
Embora não se tenha tido total adesão ao sistema de Carnelutti, a ideia de lide, em si, foi muito prestigiada.

LIDE, segundo a concepção de Carnelutti, é o conflito de interesses qualificado por uma pretensão de direito resistida (no direito processual, lide significa mérito).

Curiosidade:

Se o autor da demanda não souber identificar o que vem a ser "mérito", não saberá se seu intento logrou êxito. Com efeito, o profissional do direito que não souber o que seja "mérito", também não saberá formular corretamente um pedido ao propor uma ação, nem conseguirá identificar se seu pedido restou satisfeito na sentença e se caberá ou não recurso ou como manejar de forma adequada seu recurso interposto (qual o recurso a ser interposto). Nesse sentido, afirma Fábio Gomes (Carência de ação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.14-15): "É de extrema importância [...] saber o que é mérito, visto que os efeitos de decisão dessa natureza se projetam para fora do processo e obtêm a autoridade de coisa julgada material [...]"

No entanto, o uso indiscriminado do conceito de "mérito" como sinônimo de "lide", "objeto do litígio" ou "objeto do processo", acabou transformando o tema em algo complexo. Independentemente de posicionamentos doutrinários contrários, entendemos que mérito é sinônimo de lide.

Conforme ensinamentos de Eliézer Rosa, mérito significa lide: "É a lide. Julgar o mérito é julgar a lide, ou, noutras palavras, é julgar o pedido do autor qualificado pela resistência do réu (...) ter-se-á a conceituação de mérito consubstanciada na própria lide, submetida à apreciação de órgão jurisdicional, com os limites impostos pelo autor, ao deduzir sua pretensão em juízo,

por meio de uma petição inicial" (Enciclopédia Saraiva do Direito.Ed. Saraiva. 1980. São Paulo. p. 296).

No mesmo sentido afirma o ilustro processualista Humberto Theodoro Junior "O pedido do autor, manifestado na propositura da ação, revela processualmente qual a lide que se pretende compor através da tutela jurisdicional. (...) o reconhecimento do pedido refere-se diretamente ao próprio direito material sobre o qual se funda a pretensão do autor."

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 às aspirações em conflito de ambos os litigantes.

Como o Estado não tolera a justiça feita pelas próprias mãos dos interessados, caberá à parte deduzir em juízo a lide existente e requerer ao Juiz que a solucione na forma do ordenamento jurídico, fazendo, de tal maneira, a composição dos interesses conflitantes. Diante disso, o objetivo da atividade estatal é colocar fim ao processo, entregando a prestação jurisdicional.

Assim, a solução da ação, afinal, será a solução da pretensão, onde o juiz pronunciará, em sentença, sobre o mérito, e comporá a lide.

Diante dessa conceito, podemos resumidamente afirmar:

a) a maioria das vezes em que a função jurisdicional é exercitada, tem-se como objetivo a resolução de um litígio;

b) esse desacordo é denominado lide, que é definida como conflito de interesses[3] qualificado por uma pretensão de direito resistida[4];

c) há de se entender o conceito de lide exposto para se saber quais espécies de situações litigiosas podem ser levadas ao Estado-juiz.

Importante:
Além da importância teórica, o conceito de lide tem importância prática?

[3] O que é Interesse: o vínculo de uma pessoa a um determinado bem. É a necessidade (pela titularidade e/ou fruição) que tal sujeito tem desse bem, que pode ser material ou imaterial. Se há conflito de interesses, significa que ao menos duas pessoas expressam a mesma necessidade sobre o mesmo bem.

[4] É qualquer tipo de conflito que pode dar ensejo a uma lide? Não. Conforme a definição trazida, somente o conflito de interesses qualificado por uma pretensão jurídica (pretensão de direito) pode ser chamado de lide.

A cláusula restritiva "qualificado por uma pretensão jurídica" indica que só os conflitos que tem por objeto alguns tipos de bens podem ser lides, que são justamente os bens protegidos pelo ordenamento jurídico. Em resumo: a lide é a disputa por um bem que, por sua importância, e por valoração do legislador, é protegido, em abstrato, pelo corpo de normas jurídicas que regulam a vida social. O fato de José querer ser amigo de Maria, mas Maria não querer ser amiga de José gera um conflito de interesses, mas este não está qualificado por uma pretensão jurídica.

Resposta: Sim. Thiago dirige-se a casa de Rodrigo com a finalidade de jogar pôker. Cada jogador deve apostar R$ 2.000,00. Thiago rapidamente perde seu dinheiro e pede emprestado a Rodrigo. Este, por segurança, obriga aquele a assinar uma nota promissória, tomando como avalista Giovani.
Como Thiago não paga sua dívida, tampouco tem dinheiro, Rodrigo ajuíza uma demanda uma face do avalista Giovani visando receber a quantia estipulada na cártula. No decurso do processo, verifica-se que o valor cobrado origina-se de dívida de jogo.
Conforme prescreve o artigo 814 do Código Civil, "as dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento". Isto quer dizer que o conflito entre Rodrigo e Giovani não tem por objeto um bem jurídico, já que o direito não protege a pretensão do primeiro de receber aquela quantia do segundo, pois tal conflito não está qualificado por uma pretensão jurídica. Por isso, o processo deverá ser extinto dando-se razão a Giovani.

ELIMINAÇÃO DOS CONFLITOS DE INTERESSES OCORRENTES NA VIDA EM SOCIEDADE

A eliminação dos conflitos ocorrentes na vida em sociedade pode se verificar por obra de um ou de ambos os sujeitos dos interesses conflitantes, ou por ato de terceiro.

A jurisdição, que será objeto de estudo posterior mais aprofundado, constitui a forma estatal, por excelência, de composição dos litígios, mas não é a única.

A doutrina tradicionalmente classifica as formas de resolução de conflitos de interesses em autotutela (autodefesa), autocomposição e heterocomposição.

Na primeira hipótese um dos sujeitos impõe o sacrifício do interesse alheio (autotutela, também chamado de autodefesa). Na segunda hipótese, cada um dos sujeitos consente no sacrifício total ou parcial do próprio interesse – solução consensual ou autocomposição. E, na terceira hipótese - *heterocomposição*, enquadram-se a o processo estatal (jurisdição) ou arbitral (em certos casos específicos permitidos pela Lei).

Da Autotutela à jurisdição: Meios de resolução dos litígios: autotutela, autocomposição parcial e autocomposição imparcial e processo

Importante:
Frise-se que a Justiça estatal não é o único caminho pelo qual se procura oferecer solução aos conflitos. Avança no mundo todo, inclusive no Brasil, a ideia de que outros métodos adequados de solução de conflitos, não estatais, podem ser utilizados para pacificar com justiça e com maior eficiência. Tais são os chamados meios alternativos de solução de conflitos (*alternative dispute resolution*), nos quais se busca uma autocomposição, isto é, uma solução de conflito por ato das próprias partes (conciliação ou mediação), ou uma heterocomposição privada (decisão por árbitros nomeados pelos próprios litigantes). A percepção de uma tutela adequada a cada tipo de conflito modificou a maneira de ver a arbitragem, a conciliação e a mediação que, de meios sucedâneos, equivalentes ou meramente alternativos à jurisdição estatal, ascederam à estatura de instrumentos mais adequados de solução de certos conflitos (TGP, Malheiros, p. 33).

I) **Autotutela (também denominada autodefesa)**: por este meio, um dos sujeitos do conflito impõe, por meio de uma conduta própria, a sua vontade sobre a do outro (imposição da própria vontade). Em regra, existe uma repulsa do direito à autotutela como meio ordinário de resolução dos conflitos de interesses, pois quase sempre, prevalece o interesse do mais forte ou do mais poderoso. São características da autotutela: a) ausência de juiz distinto das partes (imparcial); b) imposição da decisão (vontade) por uma das partes à outra (geralmente, da parte mais forte).

A autotutela remonta ao Código de Hamurabi, que consagrou a Lei de Talião – "olho por olho, dente por dente" - , que impunha o revide na mesma medida que a injustiça praticada, sendo utilizada, principalmente, no combate ao crime.

Por não garantir a justiça, mas somente a vitória de uma das partes, a mais ousada sobre a mais tímida, tal prática foi vedada pelos Estados Modernos.

Aliás, frise-se que a autotutela é definida como crime, seja quando praticada pelo particular (exercício arbitrário das próprias razões – Código Penal, art. 345), seja quando praticada pelo Estado (exercício arbitrário ou abuso de poder – Código Penal, art. 350).

Apesar da repulsa à autotutela como meio ordinário para a satisfação de pretensões em benefício do mais forte ou esperto, em relação a certos casos excepcionalíssimos a própria

lei abre exceções[5], e permite a autodefesa em determinados casos específicos.

São exemplos de autotutela permitidas pelo ordenamento jurídico:

a) Legítima defesa no âmbito penal (Código Penal, art. 25);
b) O direito de retenção (Código Civil, art. 578);
c) O desforço imediato, popularmente conhecido como legítima defesa da posse (Código Civil, art. 1210, § 1º);
d) O direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes (art. 1.283 do Código Civil);
e) A direito de greve (art. 9º da Constituição Federal);
f) A consignação em pagamento extrajudicial, também chamada de consignação bancária (art. 335 do Código Civil e §§ do art. 539 do Código de Processo Civil) entre outros.

Essas exceções se justificam porque nem sempre o Estado está presente no momento em que um direito é violado.

---

[5] Rosemiro Pereira Leal em sua obra *Teoria Geral do Processo,* Ed. Síntese, diverge de toda a doutrina ao estabelecer clara distinção entre autotutela e autodefesa. Para o autor a autotutela seria primitiva e ilegítima, somente sendo admitida, quando exercida por um Estado soberano, no plano de suas relações internacionais ou, no plano interno, diante de situações excepcionais, como as autorizações da decretação do estado de defesa ou do estado de sítio (CF/88, arts, 84, IX, XIX, 91, §1º, I e II). Já a autodefesa seria uma "tutela substituta do provimento jurisdicional, legalmente permitida e que se faz pelos ditames diretos da norma preexistente à lesão ou ameaça de lesão a direitos" (p. 37-38).

Assim, para evitar o perecimento (perda) do direito, seu titular poderá praticar atos por conta própria para garanti-lo, nos casos em que a lei permitir, desde que o faça imediatamente após a violação ou quando o direito estiver prestes a ser lesado, devendo haver, sempre, proporcionalidade, entre a lesão sofrida e a resposta.

II) **Autocomposição**:

a) **Autocomposição parcial** (solução parcial por ato dos sujeitos em conflito):
Desistência (renúncia à pretensão).
Submissão (reconhecimento da pretensão alheia).
Transação (concessões recíprocas), pondo fim ao conflito de interesses existente.

Tal método é reconhecido e até mesmo estimulado em muitas situações, desde que se trate de direitos disponíveis ou de reflexos patrimoniais de direitos indisponíveis, como, por exemplo, valor discutido para pensão alimentícia (não é possível renunciar ao direito de alimentos, por tratar-se de direito indisponível, mas seus valores poderão ser objeto de autocomposição).
São formas de **autocomposição parcial**:

a) Desistência (renúncia à pretensão);

b) Submissão (reconhecimento da pretensão alheia ou renúncia à resistência oferecida à pretensão);

c) transação (concessões recíprocas).

Toda essa solução tem em comum a circunstância de serem parciais (autocomposição parcial) pois dependem da

vontade exclusiva e da atividade de uma ou de ambas as partes envolvidas (solução consensual de conflitos).

Importante:

São direitos/interesses indisponíveis aqueles em relação aos quais os seus titulares não tem qualquer poder de disposição, pois nascem, desenvolvem-se e extinguem-se independentemente da vontade dos titulares. O titular de um direito indisponível não pode renunciar a este direito em hipótese alguma, nem submetê-lo a transação, nem vendê-lo, nem trocá-lo etc. Abrangem os direitos da personalidade, os referentes ao estado e capacidade da pessoa. São irrenunciáveis e em regra intransmissíveis e, por essa razão não comportam autocomposição.

São exemplos de direito individual indisponível: A vida e a liberdade. Um contrato entre duas pessoas em que uma se obriga a ser escravo da outra é inválido, pois a liberdade é um direito que não se pode renunciar, dispor, vender, submeter etc.

A contrario sensu, um direito é disponível quando está sob o total domínio de seu titular, de tal modo que este pode fazer tudo em relação a aquele, como alienar (vender), trocar, doar, transigir, e mesmo renunciar.

Em regra são disponíveis os direitos patrimoniais. Tais direitos são aqueles referentes ao patrimônio (conjunto de bens, direitos e obrigações vinculado a uma pessoa ou a uma entidade) em que as partes podem usar, gozar e dispor, que podem transacionar livremente, de acordo com a vontade, pactuando entre si situações em conformidade com seus anseios.

OBS: Saliente-se que alguns direitos patrimoniais são considerados **indisponíveis**. É o caso da pessoa titular de bens

que, possuindo herdeiros necessários, não pode doar a totalidade deles. (herdeiros necessários são os descendentes (filhos, netos, bisnetos), ascendentes (pais, avós, bisavós) e cônjuge. Se um ou mais desses herdeiros estiverem vivos, o testamento não pode dispor de mais da metade dos bens para outras pessoas ou instituições). Também é exemplo de direito patrimonial indisponível aquele que recai sobre o bem que é recebido em doação com cláusula de impenhorabilidade, de inalienabilidade ou de incomunicabilidade, pois tais situações não permitem que aquele que receba a doação possa dispor, transacionar o bem.

Por fim, em nosso ordenamento jurídico, a autocomposição pode ser (pode ocorrer) extrajudicialmente (pré-processual – antes da instauração do processo) ou endoprocessualmente (durante a pendência do processo), sendo que neste caso, haverá a extinção do processo com resolução do mérito. A lei processual civil expressamente admite as três formas de autocomposição (Código de Processo Civil, art. 487, inciso III, alíneas a, b e c).

b) **Autocomposição imparcial**: Conciliação e Mediação (MASC – Meios alternativos de solução de conflitos de interesses[6]):

[6] Tais vias alternativas são hoje largamente difundidas em diversos países, recebendo no Brasil o nome de MASC. Nos Estados Unidos foram bastizados de mecanismos de ADR – *Alternative Dispute Resolucion*. Na Argentina são indentificados como meios de R.A.C - *Resolución Alternativa de Conflictos*.

Nos últimos anos a conciliação e a Mediação tem sido destacados como importantes instrumentos para a solução rápida e pacífica dos conflitos de interesses, quer na área judicial, quer na esfera extrajudicial.

O Conselho Nacional de Justiça, a partir da Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010, deu um importante passo para estimular a Mediação e a Conciliação, ao instituir a Política Judiciária Nacional de tratamento aos conflitos de interesses, incumbindo aos órgãos judiciários, de oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem como prestar atendimento e orientação ao cidadão.

O Novo Código de Processo Civil recepcionou os anseios do CNJ, de estimular o que este chamou de "Cultura da Paz", trazendo o novo texto (CPC/2015) grande destaque para a Mediação e a Conciliação[7].

A doutrina classifica tais vias alternativas em puras e híbridas. Chamam de puras aquelas em que a solução do conflito se dá sem qualquer interferência jurisdicional; ao passo que nas híbridas, em algum momento, mesmo que para efeitos de mera homologação, há a participação do Estado-juiz.

Conceito de Conciliação: é uma forma de resolução de conflitos, onde um terceiro neutro e imparcial, chamado conciliador, facilita a comunicação entre pessoas que mantém uma relação

[7] A título de curiosidade, no direito norte-americano, encontramos apenas a figura da mediação, não há o termo conciliação. Lá fala-se em mediação-facilitadora (passiva) e mediação - avaliadora (ativa).

pontual na busca de seus interesses e na identificação de suas questões, através de sua orientação pessoal e direta, buscando um acordo satisfatório para ambas. O conciliador adota uma postura mais ativa: ele não vai apenas facilitar o entendimento dos envolvidos, mas, principalmente, interagir com elas, apresentar soluções, buscar caminhos, fazer propostas, terá uma postura verdadeiramente influenciadora no resultado do litígio. A conciliação se mostra mais adequada para questões que envolvem conflitos na área comercial e do consumidor.

Conceito de Mediação: é a forma de resolução de conflitos, onde um terceiro neutro e imparcial chamado mediador, facilita a comunicação entre pessoas que mantém uma relação continuada no tempo, na busca de seus interesses e na identificação de suas questões com uma composição satisfatória para ambas, solucionando o conflito. A mediação se mostra mais adequada para questões que envolvem conflitos na área da família, pois o mediador tem por função ajudar na comunicação através da neutralização das emoções . O terceiro – mediador – de alguma maneira vai atuar no relacionamento entre as partes envolvidas de forma a tentar obter a pacificação do seu conflito. O mediador funciona como um agente facilitador.

O texto do novo Código de Processo Civil dá um destaque especial à Conciliação e à Mediação, prevendo e disciplinando sua aplicação em várias oportunidades, como por exemplo, no art. 3º, §§ 2º e 3º, *in verbis*:

Novo CPC, art. 3º *Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.*

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.
§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Todos os acordos obtidos por meio da Conciliação ou da Mediação, putas ou híbridas, tem validade jurídica. Isso significa que, caso uma das partes não cumpra o acordado, a ação pode ser levada a justiça.

Via de regra, a conciliação e a mediação é um procedimento extrajudicial. Mas, claro, nada impede que as partes, já tendo iniciado a etapa jurisdicional, resolvam retroceder em suas posições e tentar, mais uma vez, a via conciliatória, podendo solicitar ao juiz a suspensão do processo, pelo prazo máximo de 6 meses (art. 313, II, §4º, CPC/15), para a efetivação das tratativas para se chegar a um acordo com o auxílio de um mediador fora do juízo.

III) Heterocomposição: Processo arbitral (jurisdição privada) e Processo judicial (jurisdição estatal)
Pela heterocomposição vence quem o juiz ou árbitro disserem que vence.

a) Arbitragem (Lei nº 9.307/96):

Novo CPC, art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

A arbitragem, atualmente, está disciplinada pela Lei n. 9.307/96, que faculta às pessoas capazes de contratar valer-se dela para solucionar conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 852, Código Civil), escolhendo a terceira pessoa que irá decidi-lo. Para ser árbitro basta que seja capaz e de confiança das partes (art. 13), mas não podem ter com as partes envolvidas qualquer relação que denote situação de suspeição ou impedimento, aplicando-se, nesse caso, as mesmas regras quanto ao dever e responsabilidade dos juízes togados (arts. 134 e 135 do Código de Processo Civil).

A arbitragem é convencionada pelas partes através:

a) **Da "cláusula compromissória"** (também chamada de cláusula arbitral): cláusula contratual segundo a qual as partes celebram que eventual conflito (futuro) será decidido pela arbitragem; trata-se de uma simples promessa das partes de constituir o juízo arbitral (art. 853, Código Civil);
b) **Ou através do "compromisso arbitral"**: é a convenção bilateral pela qual as partes renunciam à jurisdição estatal e se obrigam a se submeter à decisão de árbitros por elas indicados (art. 851, Código Civil).

O compromisso arbitral, conforme o art. 9º da Lei n°9.307/96, pode ser de duas espécies:

a) Judicial, referindo-se à controvérsia já ajuizada perante a justiça ordinária, celebrando-se, então, por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal por onde correr a demanda. Feito o compromisso, cessarão as funções do juiz togado e o processo deverá ser extinto sem resolução do mérito, pois os árbitros quem decidirão (Código Civil, art. 851); e

b) Extrajudicial, se ainda não existir demanda ajuizada. Não havendo causa ajuizada, celebra-se o compromisso arbitral por escritura pública ou particular, assinada pelas partes e por duas testemunhas (Código Civil, art. 851; Lei n°9.307/96, art. 9°, §2°).

Lei 9.307/96 – Lei da Arbitragem

Art. 9º *O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.*

§ 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

Em suma, na cláusula compromissória (cláusula arbitral), as partes submetem ao julgamento do árbitro conflitos futuros, já no caso do compromisso arbitral, as partes submetem ao julgamento do árbitro um conflito atual.

A referida lei atribui eficácia própria à sentença arbitral, garantindo-lhe os mesmos efeitos dos jugados proferidos pelo Poder Judiciário (decisões judiciais) e, sendo condenatória, força de título executivo judicial. Mas os árbitros não podem realizar a execução de suas próprias decisões (art. 22, § 4º, LA).

"*Poderosa tendência doutrinária atribui à arbitragem natureza jurisdicional. A única diferença entre a jurisdição arbitral e a jurisdição estatal consistiria na circunstância de que o juízo arbitral é atribuído a um privado, investido de jurisdição pela vontade das partes, enquanto a jurisdição estatal é desempenhada pelo Estado, por intermédio de seus juízes e tribunais, mas muito acima disso paira o escopo de pacificar sujeitos mediante a solução de seus conflitos, que é inerente a todo exercício da jurisdição, quer estatal, quer arbitral*." (CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido R. (Candido Rangel). Teoria geral do processo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, págs. 49-50).

b) Processo Judicial:

Em determinadas matérias, regidas pelo ordenamento jurídico como de extrema indisponibilidade, o processo é o único meio de obter a efetivação dos efeitos ditados pelo direito material. E é, justamente, a relevância desses direitos que transcende a esfera da disponibilidade do indivíduo, que leva a ordem jurídica a impor, quanto a eles, a regra do indispensável controle jurisdicional.

Assim, ocorrendo um litígio entre dois ou mais indivíduos (em que o interesse de um confronta com o de outro), surge uma pretensão que se opõe ao direito subjetivo de outrem, e este, para fazer valer o seu direito, sendo vedada (ou não utilizada) a autotutela, e não tendo sido possível a autocomposição (ou porque as partes não quiseram ou porque o direito não permite), terá de postular em juízo a tutela jurídica, advindo daí o que a doutrina denomina "lide".

OBS: Lembrem-se: a atividade jurisdicional nem sempre se presta a solucionar situações conflituosas. Vamos lembrar do exemplo: Existe conflito se uma pessoa desaparece (ausente) deixando bens e um só herdeiro? Não, mas há um processo de arrecadação de bens de ausente.

No desenrolar do processo as partes buscam convencer o juiz quanto à existência dos seus supostos direitos, e este, após examinar todos os argumentos das partes e elementos de provas, faz incidir a vontade da lei, aplicando o direito à situação conflituosa trazida à sua apreciação.

A esse conjunto de atos das partes, do juiz e de seus auxiliares, até a solução da lide, obedecendo a um sistema de normas legais e princípios, fazendo com que esses atos processuais se desenvolvam de modo ordenado, e não arbitrariamente, chama-se Direito Processual.

Para a doutrina mais moderna sobre a Teoria Geral do Direito Processual, chama-se direito processual "o complexo de normas e princípios que regem tal método de trabalho, ou seja, o exercício conjugado da jurisdição pelo Estado-juiz ou pelo árbitro, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado" (**Antonio Carlos de Cintra Araújo, Ada Pellegrini Grinover e**

Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*. 30ª ed. São Paulo : Malheiros. 2014, p. 59)

Controle jurisdicional indispensável: em certas matérias não se admitem exceções à regra da proibição da autotutela, nem, em princípio, permite-se a autocomposição ou arbitragem. São exemplos: anulação de casamento, perda do poder familiar etc. Em casos assim o processo é o único meio de obter a efetivação das situações ditadas pelo direito material. Trata-se de interesses e direitos regidos por normas de *extrema indisponibilidade*.

DIREITO MATERIAL E DIREITO PROCESSUAL

O Estado através de sua função legislativa estabelece as normas que devem reger as mais variadas relações, ao estabelecer o que é lícito, que é ilícito e ao atribuir direitos, poderes, faculdades, obrigações: são normas de caráter genérico e abstrato, ditadas sem destinação particular a nenhuma pessoa e a nenhuma situação concreta. Essas normas, de caráter genérico, são consideradas normas de direito material.

Conforme Marcus Vinicius Rios Gonçalves, “A lei atribui numerosos direitos aos membros da coletividade. As normas de direito material são aquelas que indicam quais os direitos de cada um.”

Caracterizada a insatisfação de alguma pessoa em razão de uma pretensão que não pode ser ou de qualquer modo não foi satisfeita, o Estado poderá ser chamado a prestar sua função jurisdicional, segundo um método de trabalho estabelecido em normas adequadas.

Direito material é o corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens, relações e utilidades da vida (direito civil, penal, administrativo, comercial, tributário, trabalhista etc).

O que distingue fundamentalmente direito material e direito processual é que este cuida das relações dos sujeitos processuais, da posição de cada um deles no processo, da forma de se proceder aos atos deste – sem nada dizer quanto ao bem da vida.

Assim, o direito processual é um instrumento a serviço do direito material. Por essa razão, afirma a doutrina que as normas de processo são meramente instrumentais.

Conceito de direito processual

Ao iniciarmos o estudo do direito processual civil, é fundamental fixarmos o conceito de Direito Processual, especificadamente, de Direito Processual Civil já que este é o tema central do nosso estudo.

A doutrina, seja a estrangeira, seja a brasileira, apresenta vários conceitos sobre Direito Processual Civil.

Para **Moacyr Amaral Santos**, o Direito Processual "é o sistema de princípios e leis que disciplinam o processo" (*Primeira linhas de direito processual civil*. 13ª ed. São Paulo : Saraiva, vol. I, p. 14).

Para **Cássio Scarpinella Bueno**, o Direito Processual é a "disciplina que se dedica a estudar, a analisar, a sistematizar a atuação do próprio Estado, do Estado que, por razões perdidas no tempo, mas ainda válidas até hoje por força das opções políticas feitas pela Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, tem o dever de prestar a tutela estatal de direitos

naqueles casos em que os destinatários das normas, desde o plano material, não as acatam devidamente, não as cumprem e, consequentemente, frustram legítimas expectativas das outras pessoas" (*Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo : Saraiva, vol. 1, p.9).

Para **Alexandre Freitas Câmara**, Direito Processual " é o ramo da ciência jurídica que estuda e regulamenta o exercício, pelo Estado, da função jurisdicional" (*Lições de direito processual civil*. 24ª ed. São Paulo : Atlas. 2013, vol. 1, p. 7).

Direito Processual Jurisdicional

Importante ressaltar que a nomenclatura "Direito Processual" em que pese seja a mais utilizada, possui a falsa ideia de que o tema central é o "processo" e não a "jurisdição", quando na verdade o processo é mero instrumento de que se vale o Estado para exercer a função jurisdicional. Por essa razão, inclusive, alguns autores, defendem a adoção de nova denominação: Direito Jurisdicional.

De toda sorte, o nome Direito Processual, já está consagrado e, portanto, assim continuará, por ora, a ser utilizado, mas sempre atentos de que se trata de Direito Processual Jurisdicional e não de outros, como, por exemplo, Direito Processual Administrativo, ainda que ali também estejamos diante de verdadeiros processos.

Posição Enciclopédica: direito público

Os ramos do Direito podem ser divididos em duas grandes famílias: direito público e direito privado.

Conforme nos ensina Alexandre Freitas Câmara, ao se dizer que um ramo pertence ao direito público ou ao direito privado, estamos estabelecendo uma série de premissas que deverão ser levadas em conta quando da interpretação das normas que o compõem, como, por exemplo, a posição de coordenação entre os sujeitos da relação jurídica (no direito privado), ou a posição de supremacia de um dos sujeitos (o Estado) em relação aos demais (no direito público).

O Direito Processual pertence à família do direito público e, desta maneira, deve ser interpretado como um ramo do Direito em que há um predomínio do Estado, o qual tem uma das manifestações de seu poder. A função jurisdicional é exercício da soberania e, por esta razão, em princípio, obedece aos limites territoriais do Estado soberano.

APLICAÇÃO DA LEI PROCESSUAL CIVIL NO ESPAÇO

A correta aplicação da lei processual civil exige o exato conhecimento de sua eficácia espacial. Em outros termos, é preciso verificar em que limites territoriais se aplica a lei processual civil brasileira.

Em relação ao espaço, a norma processual segue o **princípio da territorialidade**, ou seja, é aplicável a lei do local.

A justificativa política para esta regra é que a atividade jurisdicional é manifestação do poder soberano do Estado e, por óbvio, não pode ser regulada por leis processuais estrangeiras.

Nesse sentido dispõe a lei processual civil brasileira:

CPC, 2015 - Art. 16. *A jurisdição civil é exercida pelos juízes e pelos tribunais em todo o território nacional, conforme as disposições deste Código.*

Assim, muito claramente, a lei estabelece que a lei processual brasileira se aplica no território nacional, ou seja, no que diz respeito à aplicação da lei processual civil no espaço aplica-se o **princípio da territorialidade**.

Ressalte-se que, em relação à aplicação da lei processual civil no espaço, no Brasil, apenas são aplicáveis as normas processuais brasileiras, o que não ocorre em relação às normas materiais estrangeiras que, eventualmente, podem ser aplicadas em território brasileiro, em processo brasileiro.

CPC, 2015 - Art. 373. *A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar.*

- Exemplo de aplicação de lei estrangeira em processo brasileiro – Direito Processual Civil internacional – leis materiais estrangeiras:

LINDB, Art. 10. *A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens.*
§ 1º *A sucessão de bens de estrangeiros, situados no País, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do de cujus.*

- PROVA DA LEI – CONHECIMENTO OU NÃO DA LEI

LINDB, Art. 14. *Não conhecendo a lei estrangeira, poderá o juiz exigir de quem a invoca prova do texto e da vigência.*

NCPC, Art. 376. *A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar.*

- PROVA DO ATO OU FATO - Provas produzidas ou a serem produzidas no estrangeiro – Direito Processual Civil internacional – regra: local do fato ou da celebração:

LINDB, Art. 13. *A prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça.*

Obviamente, os atos ou fatos ocorridos no Brasil devem ser provados no Brasil, segundo e conforme as normas processuais brasileiras. Da mesma maneira, os atos ou fatos ocorridos no estrangeiro devem ser provados no estrangeiro, segundo e conforme as normas processuais do país que nele vigorar. É prova dos acontecimentos e não da lei estrangeira.

. A questão que se coloca é : havendo processo em trâmite no Brasil e, sendo necessária a produção de uma prova no estrangeiro, admite-se essa prova no processo brasileiro?

Claro que sim. As partes tem o direito pleno de produzir provas para comprovação da verdade (devido processo legal, ampla defesa). Entretanto, conforme já afirmado, a prova a ser

produzida no estrangeiro submeter-se-á à lei do país respectivo – local do fato ou da celebração. E será admitida sua utilização no processo brasileiro, salvo se não for aceita pelo ordenamento nacional.

Desta forma, por exemplo, não será admitida no Brasil confissão obtida por **tortura**. Se a confissão for obtida desta forma em outro país não será aceita no Brasil.

Em outros termos, a produção da prova deve se dar em conformidade com a lei do lugar onde deve ser apurado o fato ou ato, mas para ser aceita por nosso ordenamento e, consequentemente, utilizada como prova no processo brasileiro, deve estar em conformidade com as normas internas brasileiras.

Mais um exemplo: Brasil indica prova testemunhal em outro país. Este país de acordo com sua lei interna fará a produção dessa prova. Porém, deverá estar em consonância com nossa lei interna, assim, por exemplo, uma testemunha que possua enfermidade mental, ainda que tenha presenciado o fato, não terá valor testemunhal em nosso ordenamento, pois nosso ordenamento não permite o testemunho dos incapazes (art. 447, *caput* e §1º, inc. I do NCPC).

Desta feita, conclui-se que a produção das provas segue a lei do local da produção dessas provas, mas somente serão aceitas as provas admitidas pelo nosso ordenamento, se estiverem sendo julgadas aqui.

EFICÁCIA DA LEI PROCESSUAL CIVIL NO TEMPO – DIREITO INTERTEMPORAL – TEORIA DO ISOLAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS

Com relação ao tempo, como será a aplicação de uma nova norma processual?

Em relação ao início da vigência, se a própria lei não trouxer regulamentação, ou seja, um prazo específico, aplica-se a regra geral prevista no art. 1º da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro): vigência após 45 dias.

> ***LINDB, Art. 1º .*** *Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada.*
> ***LINDB, Art. 6º.*** *A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.*
> *§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.*
> *§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.*
> *§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.*

Mas nada impede que a lei traga outro prazo para a entrada em vigor de uma lei. Nosso exemplo maior e atualíssimo é o Novo Código de Processo Civil. Seu artigo 1.042 previu uma *vacatio legis* de **1 ano** para a entrada em vigor do novo diploma legal.

Lei Complementar nº 95 de 26 de fevereiro de 1.998: dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona.

Art. 8º *A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula "entra em vigor na data de sua publicação" para as leis de pequena repercussão.*

§ 1º *A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral.*

§ 2º *As leis que estabeleçam período de vacância deverão utilizar a cláusula "esta lei entra em vigor após decorridos (o número de) dias de sua publicação oficial"* .

E, a partir da entrada em vigor da nova lei, já devemos aplicá-la a todos os processos, inclusive aqueles que estão em curso? Relativamente ao tempo, diante da modificação das normas, a questão é solucionada pela aplicação das regras de **direito intertemporal**.

As normas processuais, assim como todas as normas jurídicas em geral, estão limitadas no tempo. Isso quer dizer que, na hipótese de sucessão de leis processuais, deve-se recorrer ao direito intertemporal para estabelecer qual das leis – se a lei posterior ou se a lei anterior – irá regular a situação concreta.

Por direito intertemporal pode-se entender o conjunto de regras que trata da aplicação do direito no tempo, especialmente em relação a modificações legislativas. Assim, diante de uma mudança legislativa, para saber qual regra deve

ser aplicada (anterior ou atual), devemos nos socorrer do direito intertemporal.

Em relação à matéria processual, a regra principal é que as novas regras já se aplicam aos processos em trâmite, conforme disposição legal:

> **NCPC/2015 - Art. 1042.** Este Código entra em vigor após decorrido um ano da data de sua publicação oficial.
>
> **NCPC/2015 - Art. 1043.** Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº
> 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Contudo, esta regra não é absoluta e não deve ser interpretada sozinha. A Constituição Federal de 88, em seu art. 5º, inc. XXXVI, resguarda o ato jurídico perfeito. E é possível falar-se em ato jurídico processual perfeito. Assim, em regra, os atos processuais já realizados ou consumados não são atingidos pela lei nova, mas, aos processos em curso, já deve ser aplicada a nova legislação.

No processo civil o surgimento de lei nova não encontra problema em relação aos processos já encerrados, pois a regra é que a norma processual não retroage (art. 14 do NCPC). Também não se vislumbra qualquer complicação para os processos a serem iniciados, já que a norma processual civil terá aplicação imediata, respeitando-se, é claro, a sua *vacatio legis*.

A questão coloca-se, então, no tocante aos processos ainda em trâmite, ou seja, naqueles não acobertados pela coisa julgada. O mesmo art. 14, após declarar a irretroatividade da lei processual, estabelece que ela será aplicável imediatamente

aos processos em curso, "respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada". Aqui vigora o princípio do *tempus regit actum*, não tendo a lei nova aptidão para atingir os atos processuais já praticados.

Também a lei processual deve respeitar o direito processual adquirido, o ato jurídico processual perfeito e a coisa julgada (art. 5º, inc. XXXBVI da CF/88, e art. 6º da LINDB).

A respeito do direito intertemporal e de sua aplicabilidade às normas processuais, a doutrina dividiu em três as teorias a regular a eficácia da lei processual no tempo: teoria da unidade processual; teoria das fases processuais e teoria do isolamento dos atos processuais.

Teoria da unidade processual: o sistema da unidade processual se arrima na premissa de que, sendo o processo um "complexo de atos inseparáveis uns dos outros", deve ele ser considerado, mercê dessa imbricação, em sua inteireza, somente podendo a ele aplicar-se uma mesma lei, do seu início até o seu fim, ainda que nesse interregno ocorram alterações legislativas, ou seja, mesmo que durante o curso do processo entre em vigor nova lei processual, esta não atingirá nenhum ato processual relativo a processual que se iniciou sob a égide da lei processual revogada.

Teoria das fases processuais: o sistema das fases processuais, de sua vez, divide o processo em fases distintas (postulatória, ordinatória (saneamento e organização do processo), probatória (ou instrutória), decisória. Sendo, cada uma dessas etapas, um módulo mais ou menos autônomo do processo, seria possível restringir a aplicação da lei processual nova apenas às fases processuais subsequentes, mantida a

regulação pela lei antiga à fase em curso no momento da alteração.

Teoria do isolamento dos atos processuais: o sistema do isolamento dos atos processuais, por fim, respeita os atos processuais já realizados, somente aplicando a lei processual nova àqueles atos processuais futuros, a serem praticados sob a égide do novo diploma legal.

Como é possível notar, todos os sistemas são refratários (resistentes) à retroatividade da lei processual mais moderna.

Para aplicação da nova lei aos processos em curso, devemos nos valer, portanto, da denominada **Teoria dos atos processuais isolados**:

Teoria do isolamento dos atos processuais: ou teoria dos atos processuais isolados. Quando uma lei processual civil entra em vigor, ela se depara com três diferentes situações: (a) processos já findos; (b) processos ainda por instaurar; (c) processos pendentes.

a) Processos já findos: a lei nova não se aplica, pois não se admite a eficácia retroativa das leis, sendo certo que estas têm aplicação imediata e regem o futuro.

b) Processos ainda por instaurar: aplica-se a nova lei, já vigente quando de seu início

c) Processos pendentes: neste caso é que deve se aplicar a teoria dos atos isolados. Aplica-se a lei nova aos atos processuais ainda por praticar, mas respeita-se a validade e eficácia dos atos processuais já praticados sob a égide da lei anterior. A lei nova se aplica aos processos pendentes no momento da sua entrada em vigor, incidindo imediatamente, respeitadas a validade e a

eficácia dos atos processuais praticados sob o império da lei processual anterior.

À modulação no que tange à aplicação da lei, aplica-se a teoria do isolamento dos atos processuais. Praticado o ato segundo a lei vigente no momento da sua prática, sobre ele recai a garantia inerente ao ato jurídico perfeito, o qual, inclusive, implica direito processualmente adquirido. Exemplo, se apresentou contestação segundo a lei vigente hoje, não poderá amanhã, ao fundamento de mudança da lei, decretar a revelia do réu, ao argumento de que não observou a regra prescrita na lei nova.

No entanto, é preciso estabelecer a diferença entre um ato já praticado, que não pode ser atingido pela norma jurídica posterior, e um ato que ainda não foi praticado, mas que, por ocasião da entrada em vigor da lei nova, já estava em curso o prazo para a sua prática. A dificuldade na aplicação da lei nova ocorre nesses lapsos de transição entre uma e outra lei.

Sabe-se que o processo, do ponto de vista extrínseco, é constituído por uma sequência de atos processuais. Ajuizada a ação, por meio do protocolo da petição inicial, todos os atos das partes pressupõem comunicação – citação ou intimação. O réu é citado para comparecer à audiência de autocomposição ou para apresentar contestação. Da contestação o autor é intimado, para exercer a faculdade de formular a sua réplica e assim por diante. A rigor, a lei que deveria reger o ato a ser praticado é a lei do momento da comunicação para a prática desse novo ato do processo. Esse é o sentido da expressão *tempus regit actum*. Por exemplo: As partes foram intimadas do julgamento da apelação no dia 15/3/2016, ainda, portanto, na vigência do Código de 73. Como o acórdão

reformou a sentença de mérito por maioria de votos (2x1), de acordo com o CPC antigo (CPC/73) seriam cabíveis o recurso de embargos infringentes.

A intimação do julgamento da apelação abre à parte o direito de praticar o ato processual subsequente que, no CPC/73, é a interposição do recurso de embargos infringentes, sob pena de ocorrer o trânsito em julgado (ônus da não interposição do recurso). Como a intimação do julgamento da apelação ocorreu na vigência do Código de 73, a faculdade é para se praticar o ato segundo a lei deste momento, ou seja, da intimação; portanto, o CPC/73. A intimação, no caso, é o marco, o divisor de águas. Pouco importa que o prazo tenha transcorrido quase que integralmente na vigência da lei nova. Se a intimação se deu na vigência da lei velha será ela que vai regular integralmente a prática do novo ato do processo – o que inclui o cabimento, a forma e o modo de contagem do prazo.

O marco da intimação para determinar se aplica uma ou outra regra torna a travessia mais precisa e segura. No entanto, doutrina e jurisprudência, levando-se em conta a instrumentalidade das formas e o dever de "cooperação" que deve presidir as relações entre o juiz e as partes, têm sido mais benevolentes com relação às formas e aos prazos.

Segundo essa benevolente linha interpretativa, caso a lei nova tenha ampliado o prazo para a prática de um ato processual – o que ocorreu na vigência do CPC/2015, em razão de a contagem de prazos se dar somente em dias úteis –, ainda que a parte tenha sido intimada na vigência da lei velha, deverá prevalecer a norma que conceder maior prazo. A justificativa é que as partes não podem ser prejudicadas com a exigência da

prática do ato no menor prazo, uma vez que a lei nova estabeleceu prazo maior; em outras palavras, as partes adquiriram a faculdade de praticá-lo no prazo maior.

Por exemplo: O novo Código, que entrou em vigor no dia 18/3/2016, uniformizou e ampliou os prazos recursais, uma vez que os prazos serão computados somente em dias úteis. Pergunta-se: se a parte foi intimada da sentença no dia 15/3/2016, portanto na vigência do código revogado (CPC/73), qual será o prazo para recorrer? Quinze dias corridos ou quinze dias contados em dias úteis?

Na hipótese de ampliação do prazo processual, como não há prejuízo para os litigantes, deve ser observado o prazo estabelecido na lei nova (vigente no momento da prática do ato), desde que ele ainda esteja em curso. Nesse aspecto vale lembrar a lição de Pontes de Miranda, que justifica a aplicação do novo prazo (maior) por entender que não existe violação quando se estende, no tempo, a eficácia de um direito.

O direito de praticar o ato subsequente começou a ter eficácia com a intimação, mas a abalizada doutrina de Pontes de Miranda, autoriza a praticar o ato no maior prazo (quinze dias úteis), ainda que a intimação tenha se dado na vigência da lei antiga e esta estabeleça prazo mais exíguo (quinze dias corridos). Essa possibilidade de praticar o ato no maior prazo ou segundo uma ou outra forma, somente é conferida no período de transição, isto é, o prazo se iniciou na vigência da lei revogada e se estendeu até ao início da vigência da lei nova. Se o prazo se inicia e expira na vigência da lei revogada, segundo as regras dela (da lei revogada) deve-se praticar o ato. O mesmo se passa quando o prazo se inicia já na vigência da lei

nova, hipótese em que o ato deva ser integralmente praticado segundo as regras em vigor.

FONTES DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

"Fonte do direito" é o lugar de onde são oriundos os preceitos jurídicos. O estudo das fontes do direito é extremamente importante para a exata delimitação do que é e do que não pode ser considerado Direito. Assim é que o Direito Processual Civil só é Direito Processual Civil enquanto provém de uma das fontes do Direito Processual Civil.

Desta feita, se eventual lei municipal versar sobre matéria processual não estará apta a integrar o sistema que se denomina Direito Processual, sendo certo que a norma seria inconstitucional, posto que o Município estaria legislando sobre matéria para a qual a Constituição da República não lhe dera competência legislativa (art. 22, inciso I, e parágrafo único da CRFB/88 - competência privativa da União – pode delegar aos Estados). Sendo inconstitucional, a referida norma municipal não poderá ser aplicada por nenhum órgão jurisdicional.

As fontes do Direito Processual Civil são os lugares de onde provém (de onde nasce) esse ramo do Direito, podendo ser definidas de acordo com os meios de produção, expressão e interpretação das normas jurídicas. Assim, as normas do direito processual emanam das fontes que inspiram esse ramo e podem ser classificadas em fontes formais e fontes materiais.

As fontes do Direito Processual Civil se classificam em:

I-FONTES FORMAIS (ou imediatas):

São aquelas que possuem força vinculante, sendo, portanto, obrigatórias para todos. São as responsáveis pela

criação do direito positivo. Porém, fala-se aqui em lei *lato sensu*, ou seja, a significar norma jurídica.

Diversas são as formas de expressão da norma jurídica que podem originar preceitos de Direito Processual: a Constituição Federal, a lei federal, a lei estadual, os tratados internacionais e os regimentos internos dos Tribunais. As fontes formais são responsáveis pela criação do direito positivo.

I-FONTES FORMAIS ESTATAIS:

A) CONSTITUIÇÃO FEDERAL:

Antes de qualquer outra, a Constituição da República é fonte formal do Direito Processual Civil, ali sendo encontradas regras das mais relevantes entre as que compõem esse ramo do Direito. Trata-se da "fonte das fontes". As normas contidas na Constituição e que dizem respeito ao Direito Processual podem ser divididas em dois grupos: O Direito Constitucional Processual e o Direito Processual Constitucional.

O Direito Constitucional Processual é o conjunto de normas de índole constitucional cuja finalidade é garantir o processo, assegurando que este seja, tanto quanto possível, um processo justo. Compõem o Direito Constitucional Processual os chamados Princípios Gerais do Direito Processual, que serão estudados mais adiante.

O Direito Processual Constitucional é o conjunto de normas de índole processual que se encontram na Constituição com o fim de garantir a aplicação e a supremacia hierárquica da Carta Magna. Aqui são encontradas normas que regulam, por exemplo, o mandado de segurança, o recurso extraordinário etc.

No direito brasileiro, a Constituição Federal tem o primado sobre o ordenamento jurídico, derivando de seu

ditames as demais regras, quer seja processuais, quer sejam materiais.

B) LEI FEDERAL:

Além e abaixo da Constituição Federal, outras formas de expressão das normas jurídicas também são fontes formais do Direito Processual Civil, também chamadas de fontes ordinárias ou infraconstitucionais. Dentre elas destaca-se a **lei ordinária federal**. Basta dizer que o Código de Processo Civil é uma lei ordinária federal.

C) LEI ESTADUAL:

Além da Constituição da República e da lei ordinária federal, também é fonte formal de Direito Processual Civil a **lei estadual**, sobre procedimentos administrativos de apoio ao processo e também sobre os Juizados Especiais Estaduais (art. 24, X, CR).

D) REGIMENTOS INTERNOS DOS TRIBUNAIS

Também são fontes formais estatais do Direito Processual Civil, os regimentos internos dos Tribunais. Tratam-se de normas que regem o funcionamento interno de um tribunal. Tais regimentos podem conter normas processuais.

E) TRATADOS INTERNACIONAIS

Também podem ser incluídos entre as fontes formais do Direito Processual Civil os tratados internacionais (acordos, convenções e tratados internacionais), assinados e ratificados pelo Brasil.

A Constituição brasileira de 1988, ao contrário de outros países[8], não apresenta nenhum dispositivo que expressamente determine a posição dos tratados internacionais perante o direito interno, nada dispondo sobre as relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno. Assim, não qualquer determinação legal para sabermos se o ordenamento jurídico consagra o primado do Direito Interno (normas jurídicas brasileiras) ou se adota a concepção que consagra a primazia do Direito Internacional (normas jurídicas convencionais previstas nos Tratados Internacionais).

As relações existentes entre o Direito Internacional e o Direito interno brasileiro – a forma de incorporação das normas de Direito Internacional no ordenamento interno, a questão da hierarquia do Direito Internacional frente ao Direito interno e a forma de resolução dos conflitos porventura existentes entre as duas ordens – deverão, portanto, ser estudadas com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas doutrinas nacionais que tratam do assunto.

Diante de um conflito entre um tratado internacional e a Constituição, considera-se a primazia desta última visando a

---

[8] Alguns países como Alemanha, Estados Unidos e Itália adotam em suas Constituições cláusulas de adoção global das regras do Direito Internacional Público pelo Direito interno e regras que conferem primazia às normas de Direito Internacional; outros países também adotam a cláusula de adoção global das regras do Direito Internacional, mas não estabelecem a primazia do Direito Internacional sobre as normas de Direito interno; e outros estabelecem a primazia do Direito Internacional sobre as normas de Direito interno apenas no que diz respeito aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos.

preservação da autoridade da Lei Fundamental do Estado brasileiro, ainda que isto resulte na prática de um ilícito internacional.

Tal primado da Constituição não está expresso diretamente na Constituição brasileira, mas pode ser apreendido dos artigos que determinam que os tratados, assim como as demais normas infraconstitucionais, encontram-se sujeitos ao controle de constitucionalidade (art. 102, inciso III, alínea "b" da CF/88).

Mas se surgirem conflitos entre tratados internacionais e leis internas infraconstitucionais, entendemos pela prevalência dos tratados, que assumem status supralegal, ou seja, abaixo da Constituição Federal, mas acima das outras leis, pois o descumprimento interno de um compromisso assumido externamente acarreta a responsabilidade internacional do Estado, além de outras consequências no plano político internacional.

Já no que diz respeito à primazia dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos, a Emenda Constitucional nº 45 acrescentou um 3º parágrafo ao artigo 5º da CF/88 determinando que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes à emenda constitucional, ou seja, assumem *status* constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, desde 2008, por conta do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343- SP, entendeu, majoritariamente, que os tratados internacionais apresentam status de norma supralegal, isto é, eles estão acima da legislação federal, mas abaixo da Constituição. Todavia, tratando-se de