

**BREVES COMENTÁRIOS AOS PRIMEIROS 51 ARTIGOS DO PROJETO DE
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (PROJETO DE LEI DO SENADO
166/2.010)**

Leonardo Greco

Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro; Professor-adjunto de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Em março deste ano de 2010, atendendo a convite dos organizadores da audiência pública sobre o anteprojeto de novo Código de Processo Civil que se realizou nas dependências da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, manifestei-me, no curto e rigoroso prazo de dez minutos sobre alguns aspectos que considerava positivos e negativos das diretrizes a serem adotadas pelo referido anteprojeto, e que tinham sido divulgadas pela Comissão de Juristas encarregada de elaborá-lo, concluindo por uma apreciação de conjunto otimista quanto aos rumos da futura reforma. Entreguei naquela ocasião à Mesa dos trabalhos, presidida pelo Ministro Luiz Fux, uma nota escrita com a enumeração dos pontos que considerei positivos e dos que considerei negativos ou que me pareciam, pelo menos, deverem ser objeto de debate mais profundo e cuidadoso.

No mês de junho seguinte foi divulgado o texto do anteprojeto que, por iniciativa da Presidência do Senado, foi transformado no Projeto de Lei do Senado nº 166 de 2010. A partir desse momento, como líder do Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais”, e com a colaboração de todos os que dele participam, alunos do Mestrado, do Doutorado e da Graduação em Direito da UERJ, assim como alguns outros pesquisadores voluntários convidados, passei a examinar artigo por artigo o referido projeto.

O objetivo destes comentários é registrar em apertada síntese a minha primeira impressão sobre os primeiros artigos da referida obra, contribuindo assim para a discussão ampla que vem suscitando na comunidade jurídica brasileira, especialmente

junto aos processualistas e à comunidade judiciária, bem assim para seu eventual aprimoramento ou aperfeiçoamento, de modo que, ao cabo da sua tramitação legislativa, o País seja aquinhoadado com um diploma da melhor qualidade.

De início manifesto a minha convicção de que o Projeto constitui uma obra majestosa, que engrandece os membros da Comissão de Juristas que o elaborou, em especial o Ministro e Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro Luiz Fux, que em tão curto espaço de tempo (cerca de seis meses) conseguiram formular uma proposta de elevado nível teórico e, ao mesmo tempo, de evidente pragmatismo, procurando sempre dar soluções viáveis para a maioria dos pontos de estrangulamento do nosso ordenamento processual. Num paralelo com o direito francês, em que o Código de Napoleão foi alcunhado de *código dos práticos* e o *Nouveau Code* do último quartel do século XX de *código dos cientistas*, eu diria que o projeto em exame encontrou um razoável ponto de equilíbrio entre as exigências de uns e de outros.

Por outro lado, do ponto de vista ideológico, no debate processual contemporâneo entre publicistas e privatistas, entre autoritarismo e liberalismo, soube o projeto, de um modo geral, fortalecer os poderes do juiz sem comprometer a autonomia da vontade e a liberdade individual das partes.

Do ponto de vista estrutural, sempre haverá críticas a certas escolhas que o projeto fez, como, por exemplo, a de instituir uma parte geral, distinta da disciplina do processo de conhecimento, ou a de trazer para o processo de conhecimento a normatização dos procedimentos especiais ou para a parte geral a da tutela da urgência. São dilemas em que, qualquer que seja a via escolhida, sempre haverá determinados fatores positivos e outros negativos a considerar. Cá tenho eu também a minha opinião sobre tais escolhas, mas acho que, no momento, mais vale debruçar-se sobre os textos desses dispositivos e na sua análise refletir sobre a utilidade de mantê-los ou de sugerir outras escolhas, diversas das que fez a Comissão. Afinal de contas, no processo já se foi o tempo da construção de monumentos de uma suposta perfeição e racionalidade absolutas que, na prática desmoronaram como castelos de cartas, como ocorreu com a tutela da urgência do Livro III do Código de 73, esvaziada pela tutela antecipada introduzida no Livro I, ou com a execução de sentença do Livro II, transferida quase por inteiro para o mesmo Livro I. Essa busca frenética da racionalidade muitas vezes desbordou para discussões estéreis e formalistas, mais preocupadas com os rótulos do

que com as essências ou a críticas injustas que apontavam possíveis erros do legislador, por ter encaixado este ou aquele procedimento em categoria supostamente imprópria.

Também não pretendo dedicar-me à crítica da elegância da redação ou do estilo do projeto ou ao oferecimento de sugestões de aperfeiçoamento redacional inócuas. Se o texto da norma proposta é claro e compreensível não é recomendável emendá-lo. Pretendo formular propostas de redação apenas nos casos em que estas substancialmente possam melhorar a clareza e a compreensão das normas projetadas.

Comecemos, pois.

1. Livro I, Título I, Capítulo I, *Dos princípios e das garantias fundamentais do processo civil* (arts. 1º a 11).

Alguém poderia criticar que o projeto, em apenas 11 artigos, tivesse tratado de modo não exaustivo de alguns princípios e garantias, sem mencionar outros, sem enunciar em toda a devida extensão o seu alcance, bem como não distinguindo entre o que considera princípios e o que considera garantias. Em defesa do projeto responderia que este capítulo inicial tem o escopo de firmar alguns princípios fundamentais de todo o sistema normativo, que a sua enumeração não é excludente, que seria impossível pretender mencionar todos e que ao legislador não cabe realizar distinções teóricas, mesmo porque no direito processual, como instrumento de realização concreta dos direitos dos cidadãos e dos grupos sociais, em geral os seus princípios são também garantias, pois são meios de assegurar a sua efetividade.

No art. 2º, não me agrada a outorga ao legislador da possibilidade de limitar a aplicação do princípio da inércia da jurisdição civil para conferir ao juiz o poder de instaurá-la *ex-officio*. Embora transportado do art.2º do Código de 73, esse é um ranço do positivismo jurídico, que deve ser extirpado. A inércia da jurisdição é um imperativo que decorre do respeito à liberdade humana no Estado Democrático de Direito, no qual a jurisdição somente interfere na vida privada das pessoas quando provocada por algum interessado. As exceções à inércia não podem ser estabelecidas arbitrariamente pelo legislador, mas decorrem do estado de necessidade de prover à tutela jurisdicional de direitos indisponíveis de indivíduos que, por se encontrarem em situação de absolutos

abandono, desproteção e inconsciência dos seus direitos, impõem ao juiz que, em caráter assistencial, desencadeie o exercício da função jurisdicional de tutela dos seus direitos. É o caso, por exemplo, do juiz da infância e da adolescência que, transitando pela rua à noite, encontra um menor dormindo na calçada e que, verificando o seu abandono e não tendo a quem acionar para tirá-lo dessa situação, não pode simplesmente dar de ombros, mas tem o dever de adotar *ex-officio* as medidas necessárias à proteção desse incapaz. Entretanto, tomada a iniciativa indispensável, no momento imediatamente seguinte, deve ele dar-se por impedido, afastando-se do exercício da jurisdição no caso concreto, porque a indispensável imparcialidade do julgador, que caracteriza a jurisdição, estará irremediavelmente comprometida.

Dir-se-á que a limitação da jurisdição *ex-officio* aos casos previstos em lei seria um freio ao arbítrio do juiz, mas, a meu ver, nesse sentido, em face da supremacia da Constituição, seria um freio inteiramente inócuo, que não impediria que este ou aquele juiz adotasse medidas judiciais *ex-officio* sem previsão legal, sob o fundamento da necessidade de assegurar a máxima eficácia dos princípios e valores reconhecidos pela Carta Magna.

Nesse capítulo, considero especialmente convenientes os arts. 4º e 5º, que consagram respectivamente o princípio da celeridade, incluindo na solução integral da lide a atividade satisfativa, e o princípio da cooperação.

Não me parece feliz a redação da parte final do art. 7º, que impõe a paridade de armas, atribuindo ao juiz “velar pelo efetivo contraditório em casos de hipossuficiência técnica”. Pelo efetivo contraditório deve sempre velar o juiz, independentemente da conduta dos advogados. Se o dispositivo pretendeu autorizar o juiz a suprir as deficiências dos advogados no exercício da defesa deveria ter sido mais claro e precisar em que medida e em que limites essa função pode ser exercida sem comprometer os princípios da imparcialidade e da iniciativa das partes, pois há inúmeras questões de direito que somente podem ser apreciadas com a iniciativa dos próprios litigantes. Por outro lado, mesmo sem a desídia ou a ignorância do advogado e, portanto, mesmo sem hipossuficiência técnica, deve o juiz suprir a ausência de iniciativa probatória das partes quando lhe parecer possível trazer aos autos algum elemento de convicção não requerido, que venha a esclarecer ponto que se apresenta obscuro em seu entendimento, porque há um abismo de comunicação que impede as partes e os seus advogados de

perceber o que se passa no entendimento do juiz. Esse abismo somente seria superado sem necessidade de suprimimento judicial da inércia da parte, se este instaurasse no processo verdadeiro diálogo humano, que lhe permitiria efetuar o que a doutrina alemã denomina de *Hinweispflicht*, o dever de advertência, em que o juiz, sem caráter impositivo, sugere a possibilidade de que alguma outra prova venha a elucidar este ou aquele ponto de fato controvertido, ficando ao arbítrio das próprias partes aceitar ou não a sugestão e requerer a produção da referida prova¹.

Também não aprecio a redação do art. 8º, que gera a falsa impressão de que ao juiz caiba definir as questões de fato e de direito. O pedido, a causa de pedir, as exceções substanciais são questões de direito ou de fato que têm de ser propostas pelas partes. O verbo *identificar* pode ter sido mal empregado, tentando significar apenas que as partes prestarão colaboração para que o juiz compreenda com exatidão o teor das questões de fato e de direito envolvidas na causa, mas, para esse fim, o art. 5º me parece suficiente.

O art. 9º merece alguma reflexão. Em certo sentido é positivo restringir a postergação do contraditório aos casos de urgência, mas nesse caso seria dispensável a parte final (a fim de evitar o perecimento de direito), já incluída nas hipóteses de urgência. Mas não basta a urgência. Se o juiz não formar de plano um juízo positivo sobre o bom direito do requerente, também não deve conceder a tutela jurisdicional sem ouvir a parte contrária. Por outro lado, o enunciado desse artigo entra em choque com os dispositivos do projeto que autorizam a tutela da evidência liminar (art. 285, parágrafo único), a rejeição liminar da demanda (art.317), que não são medidas ditadas pela urgência nem pelo risco de perecimento de direito.

Excelente é o art. 10 que consagra a chamada proibição dos julgamentos de surpresa, em que o juiz invoca fundamento que as partes não tiveram a oportunidade de discutir. Entretanto, o princípio igualmente entra em choque com a rejeição liminar da demanda (art. 317) e, a meu dever, deveria ser aperfeiçoado para incluir, ao lado dos novos fundamentos, quaisquer novas questões, porque não basta impedir a invocação pelo juiz de fundamentos não apreciados de questões debatidas. É preciso estender o contraditório também às questões não apreciadas.

¹ Peter L. Murray e Rolf Stürner, *German Civil Justice*, Carolina Academic Press, Durham, 2004, p. 263.

O art. 11 parece limitar-se a reproduzir enunciados extraídos do texto constitucional sobre o princípio da publicidade (Constituição, art. 93, IX). Todavia, a remissão à lei, como fundamento da restrição à presença das partes, me parece insuficiente. O texto constitucional somente a permite quando a privacidade de algum interessado não deva prevalecer sobre o interesse público à informação. Seria conveniente verificar quais são as leis, que não consigo identificar, que estabelecem tal restrição, para verificar se satisfazem à prescrição da Lei Maior, pois a ausência da parte, apesar da presença do seu advogado, priva aquela do direito à autodefesa e deve ser reservada a situações extremas de proteção do núcleo mais intenso da privacidade de certas pessoas².

2. Capítulo II, *Das Normas Processuais e da sua Aplicação* (arts. 12 a 14).

Neste capítulo, merece encômios a norma do art. 13, que estabelece a aplicação imediata das novas normas processuais aos feitos em andamento, respeitados os atos já praticados e as situações jurídicas consolidadas na vigência da lei revogada. É conveniente a reafirmação desse princípio, pois, no advento de recentes reformas, como a da execução, vozes autorizadas sustentaram a aplicação das novas normas apenas aos processos iniciados depois do início da sua vigência³, o que é extremamente desaconselhável por perpetuar a coexistência de dois regimes processuais diversos.

Também me parece salutar o art. 14, que define a subsidiariedade das normas do processo civil em relação aos processos penal, administrativo e trabalhista. Ressalvo apenas, quanto ao processo administrativo, que, não tendo a União competência para dispor sobre o processo administrativo dos Estados e dos Municípios, essa norma somente se aplicará ao processo administrativo federal que, apesar de não ser jurisdicional, cada vez mais se aproxima no respeito às garantias fundamentais do processo do processo judicial, em razão dos princípios constitucionais que atualmente regem a Administração Pública e da disciplina adotada na Lei 9.874/99.

² V. sobre a teoria dos três graus de privacidade as minhas *Instituições de Processo Civil*, vol. II, 2010, p. 147 e ss.

³ V. Athos Gusmão Carneiro, *As novas leis de reforma da execução – algumas questões polêmicas*, in *Revista Dialética de Direito Processual*, n° 52, São Paulo, 2007, pp. 44-62.

3. Capítulo III, *Da jurisdição* (art. 15).

Não se justifica um capítulo composto de apenas um artigo, por sinal, bem menos afirmativo do que o art. 1º do Código de 1.973, que incluiu na jurisdição tanto a contenciosa quanto a voluntária. Se o projeto não quis tomar posição a respeito da jurisdicionalidade da jurisdição voluntária, tendência crescente no processo civil moderno, poderia o capítulo da jurisdição, pelo menos, enunciar os seus mais relevantes princípios informativos, como o da investidura, o da indelegabilidade, o da sua aderência ao território, o da indeclinabilidade e o da unidade.

4. Capítulo IV, *Da Ação* (arts. 16 a 19).

O capítulo corresponde ao do mesmo título, composto dos arts. 3º a 6º do Código de 73. De importante, destaco alguns pontos. O primeiro é a repetição da exigência de que a substituição processual sempre dependa de autorização legal, ou seja, de que a legitimação extraordinária, que permite que alguém venha a ser atingido por uma decisão desfavorável resultante de um processo em que não exerceu diretamente a sua defesa, que foi exercida por um outro sujeito por ele não escolhido, não pode ser estendida além das hipóteses expressamente previstas pelo legislador. A regra, a meu ver, é imperiosa, em face das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Entretanto, gostaria, coerente com a necessidade de implementação dessas garantias, que o projeto tivesse ido um pouco além, para cuidar dos limites em que a decisão nas causas em que ocorreu a substituição processual deve vincular pela coisa julgada o substituído⁴.

Igualmente apropriada me parece a manutenção da possibilidade de ação meramente declaratória, mesmo que já tenha ocorrido a violação do direito (art. 18, parágrafo único). Ninguém pode obrigar o autor a pleitear o que ele não quer. A simples pretensão declaratória deve ser considerada absolutamente legítima, mesmo que o autor pudesse desde logo formular pretensão com eficácia mais ampla. Entretanto,

⁴ V. item 14.9.2.4. do volume II das minhas *Instituições de Processo Civil*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2010.

recentemente no Brasil, com o advento da reforma da execução empreendida pela Lei 11.232/2.005, a questão veio à tona em razão da nova definição da sentença como título executivo judicial, adotada pelo novo art. 475-N, I, do CPC de 73 (“A sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação”) e reproduzida no art.492, I, do projeto. A meu ver os dispositivos constantes dos arts. 18, parágrafo único, e 492, I, do projeto, como os que lhes correspondem no Código de 73, são inconciliáveis. Ou se entende que a sentença que é título executivo judicial é aquela que, além de reconhecer a existência de obrigação, impõe ao réu uma prestação consistente em dar, fazer ou não fazer, e que somente pode ter resultado de um pedido condenatório, e não meramente declaratório, ou então, como em outros sistemas processuais, e, ao contrário do enunciado explícito do parágrafo único do art. 18, se estabelece que, tendo havido lesão ao direito, a pretensão de reconhecimento da existência da obrigação inclui necessariamente a de seu cumprimento.

O art. 19 inova substancialmente, dispensando o requerimento da parte para que o exame, como fundamento do pedido, da questão prejudicial, adquira a imutabilidade da coisa julgada, o que está enfaticamente reiterado no art. 484. Renasce questão muito antiga, retornando o projeto, seguramente com mais precisão técnica, à orientação, consagrada no Código de 39 (art.287, parágrafo único), de determinar a extensão da coisa julgada a determinados motivos da decisão. Tenho de reconhecer que essa extensão da coisa julgada além do dispositivo é adotada em outros países, como os Estados Unidos, sendo aí considerada um imperativo da boa fé das partes, com o intuito benéfico de que a sentença resolva definitivamente o litígio como um todo e não apenas o ponto ou questão que corresponde ao pedido⁵. Por outro lado, parece necessário observar que nesses sistemas, a noção de objeto litigioso não está tão intrinsecamente associada à tríplice identidade, como no nosso sistema (v.art. 301, § 2º, do CPC de 73; art. 338, § 2º, do projeto). Ademais, essa extensão dificulta enormemente a atuação dos advogados. Diferentemente do juiz e dos tribunais que, pela sua própria isenção (*terzietà*), se encontram em posição bastante propícia para analisarem a causa como um todo, em todos os seus aspectos, os advogados, no seu mister persuasivo, definem as suas estratégias em função dos argumentos que lhes parecem mais eficazes a obter um resultado favorável e, muitas vezes, deliberadamente ou não, deixam de lado outros

⁵ V. Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane e Arthur R. Miller, *Civil Procedure*, 4ª ed., Thomson-West, Saint Paul, 2005, pp. 653 e ss.

argumentos ou o debate de outras questões que podem ser importantes do ponto de vista lógico, mas às quais deram menor atenção. A solução do Código de 73, nesse aspecto, deu bastante segurança às partes e aos seus advogados. O que não foi pedido por qualquer delas, ainda que apreciado incidentalmente, não vai adquirir a imutabilidade da coisa julgada. Imaginemos uma ação de cobrança de indenização decorrente de um sinistro proposta pelo suposto segurado contra a seguradora, em que é questão prejudicial a existência e validade do contrato de seguro. Entendendo, com base em hipotética súmula de um tribunal superior, que a ação está prescrita, a seguradora não se preocupa em demonstrar exaustivamente vícios no contrato de seguro, porque está tranqüila de que a defesa mais eficaz será a alegação da prescrição. Decretada a prescrição e apelando o autor, vem o recurso a ser provido é julgado procedente o pedido, uma vez que o tribunal de 2º grau, tendo em vista a recente revogação da anterior súmula, veio a entender que o prazo prescricional ainda não havia se esgotado. No futuro, em outra ação do mesmo segurado, pleiteando cobertura para outro sinistro, estarão acobertadas pela coisa julgada a existência e a validade do contrato de seguro, sem que essa matéria tenha sido exaustivamente discutida e comprovada no processo anterior.

Se o intuito do projeto é evitar a renovação de controvérsias sobre questões anteriormente examinadas e, assim, evitar a multiplicação de processos desnecessários, parece que esse objetivo de simplificação e de conseqüente agilização da administração da Justiça poderá vir a ser frustrado, porque obrigará as partes a discutirem exaustivamente tudo aquilo que, embora tendo pouca importância prática na causa em julgamento, possa vir a tornar-se imutável em causas futuras, muitas ainda imprevisíveis, quiçá improváveis, mas possíveis. O advogado zeloso, em lugar de poder contribuir para a celeridade da justiça, não ocupando o seu tempo com questões de pouca ou nenhuma utilidade imediata, terá de resguardar-se de eventual responsabilidade futura, ainda que exigindo a prática de atos dos quais acabará por não resultar nenhuma conseqüência.

5. Título II, Capítulo I, *Dos Limites da Jurisdição Nacional* (arts. 20 a 24).

Este capítulo do projeto, que na verdade cuida da competência internacional da justiça brasileira e não exclusivamente dos limites da jurisdição nacional, é bem superior ao que lhe corresponde no Código de 73 (arts. 88 a 90). Favorece a propositura no Brasil de ações de alimentos e de ações de interesse de consumidores (art. 21), relativiza a proibição de litispendência internacional, já que em alguns tratados, como os do Mercosul, ela tem sido admitida (art.23), exclui a competência da justiça brasileira nos casos de eleição de foro exclusivo estrangeiro, argüido pelo réu na contestação (art.24). Sugiro, apenas, o aprimoramento da redação do inciso III do art. 21, que inclui na competência da justiça brasileira as causas “em que as partes, *expressa ou tacitamente*, se submeterem à jurisdição nacional”, porque não cabe tratar indistintamente as hipóteses de submissão expressa e as de submissão tácita, pois o Brasil possui acordos de submissão expressa com alguns países, como ocorre no Protocolo de Buenos Aires do Mercosul, e é signatário do Código de Bustamante, que admite a submissão tácita. Nos casos em que é exigida a submissão expressa, não basta a ausência de oferecimento de exceção de incompetência ou a sua argüição em preliminar da contestação, como agora estabelece o projeto (arts. 49 e 338, I), para estabelecer a competência da justiça brasileira. A redação proposta pode levar à má interpretação de que nos casos em que o tratado exige submissão expressa a competência da justiça nacional estaria firmada com a simples ausência de argüição oportuna da incompetência.

6. Capítulo II, Da Cooperação Internacional (arts. 25 e 26).

Os dois artigos deste capítulo estabelecem as espécies de meios para que uma autoridade estrangeira requirite a cooperação de autoridade judiciária brasileira na obtenção de provas: a carta rogatória (art.25) e o auxílio direto (art. 26).

A primeira, mais solene, pressupõe que a cooperação do juiz nacional seja autorizada pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça, por meio do *exequatur*, conforme exigência do artigo 105, I, i, da Constituição, enquanto a segunda independe dessa formalidade. O Ministério da Justiça vem elaborando um anteprojeto de lei de cooperação jurídica internacional que pretende introduzir formalmente no Direito brasileiro um instituto, menos formal do que a rogatória, porque independente de

exequatur, que é o auxílio direto, para a prática no Brasil de atos considerados “não jurisdicionais”, requisitados por autoridade judiciária ou administrativa estrangeira. Noticia-se que esse veículo já vem sendo utilizado, especialmente em matéria criminal, embora haja julgados do próprio Supremo Tribunal Federal que o desaconselham⁶.

A redação dos arts. 25 e 26 do projeto não é clara quanto ao uso de um ou outro instrumento, pois, em ambos os casos se refere a ato de produção de prova, distinguindo-os pela existência ou não de “decisão de autoridade estrangeira”.

Como ainda não temos uma lei que discipline o auxílio direto, a referência no art. 26 ao seu “procedimento” cairá no vazio. Por outro lado, se na disciplina específica dos atos de cooperação interjurisdicional (arts. 193, 194 e 216 a 227) o projeto somente se refere às rogatórias e não ao auxílio direto, é lícito concluir que o auxílio direto deva aplicar-se apenas aos casos em que a autoridade estrangeira não seja judicial (v. art. 194, II), mas administrativa, sendo essa a distinção substancial entre um e outro instituto e não o fato de haver ou não decisão de autoridade, pois em qualquer caso haverá uma decisão ou uma requisição de uma autoridade estrangeira judicial ou não. Se se pretendeu no projeto que as requisições de produção de provas no Brasil por autoridades judiciárias estrangeiras ficassem dispensadas do *exequatur* pela introdução do instituto do auxílio direto, seria o caso de dizê-lo expressamente. Minha opinião pessoal é a de que deveríamos eliminar da Constituição a necessidade de homologação de sentença estrangeira e de *exequatur* de cartas rogatórias pelo STJ, porque já não mais existem receios de que os juízes inferiores possam comprometer a soberania nacional com a delibação cumprida no próprio órgão ao qual caiba atender à requisição do juiz estrangeiro. Mas enquanto isso não ocorrer, será difícil dispensar do procedimento da rogatória a prática de quaisquer atos, decisórios ou não.

7. Título III, Capítulo I, Da Competência (arts. 27 a 38).

O art. 27 corretamente dispõe que os órgãos jurisdicionais processam e decidem as causas nos limites da sua competência, ressalvando a faculdade das partes de instituírem juízo arbitral. A redação pode sugerir que o diploma projetado não atribua à arbitragem natureza jurisdicional, o que mereceria a crítica dos que a defendem. Acho

⁶ V. STF, Habeas Corpus 85.588/RJ, 1ª Turma, Relator Min. Marco Aurélio, j. em 4/4/2006.

que a crítica seria injusta, porque não me parece que a ressalva implique em definir a natureza da arbitragem. O texto me parece rigorosamente neutro, pois a liberdade das partes na instituição de juízo arbitral não pressupõe que este não seja jurisdicional, existindo em qualquer caso, independentemente da natureza que se atribua à arbitragem. Tanto mais válida é a ressalva porque a lei processual não estabelece qual seja o tribunal arbitral competente, o que cabe às próprias partes definir no âmbito da convenção e do compromisso arbitral e desde que observados os regramentos da lei própria.

O *caput* do art. 28 reproduz o enunciado do art. 87 do atual Código relativo à perpetuação da competência. Compreendido modernamente que esse instituto é um dos instrumentos implementadores da garantia do juiz natural, poderia receber redação mais aprimorada, tendo em vista que a supressão do órgão judiciário ou a alteração da competência absoluta, mesmo quando determinadas por lei, devem revestir-se da necessária impessoalidade para não servirem de instrumento condenável de escolha arbitrária de um determinado julgador ou de fuga de um julgador indesejado para uma ou algumas causas determinadas.

O parágrafo único do art.28 admite a concessão de medidas urgentes por juízo incompetente, para evitar perecimento de direito. Esse dispositivo, que se harmoniza com o § 3º do art. 49, abandonando a regra da nulidade absoluta de todos os atos decisórios na incompetência absoluta, adota a chamada *translatio iudicii*, por mim defendida em estudo recente⁷. Sou, pois, favorável ao dispositivo. Entretanto, considero que a sua redação deva ser aprimorada, pois, tal como redigido, pode ensejar o entendimento de que a urgência torne competente o juízo incompetente, o que já foi sustentado por reputada doutrina⁸, e permitiria que o requerente da medida de urgência escolhesse o juízo que lhe parecesse mais favorável, sem correr o risco da nulidade da decisão que este viesse a proferir. A boa fé do postulante é pressuposto indispensável da preservação dos efeitos da medida de urgência concedida por juízo incompetente. Por isso, ali sustentei que, na incompetência absoluta, todas as decisões sobre questões processuais, sobre matéria probatória, assim como as decisões provisórias sobre o direito material devam ser preservadas, “salvo se a incompetência atingir o próprio procedimento, se os atos já praticados não puderem ser aproveitados no procedimento

⁷ A *translatio iudicii* e a reassunção do processo, in *Revista de Processo*, ano 33, nº 166, dezembro de 2008, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, pp.9-26.

⁸ V. Ovídio A. Baptista da Silva, *Do processo cautelar*, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2008, p.155.

adequado, por serem com ele incompatíveis, e se o autor tiver proposto de má fé a demanda no juízo incompetente ou este, ciente do vício, ainda assim tiver exercido jurisdição”⁹.

Na competência em razão do valor e da matéria (Seção II, art. 29), o projeto se limita a reproduzir o teor do atual art. 91, não reiterando o do atual art. 92, que implicitamente admitia o exercício da função jurisdicional por juízes leigos ou temporários, o que, pela Constituição de 1988 ficou restrito às hipóteses e matérias nela previstas, como os jurados do Tribunal do Júri, os juízes leigos dos juizados especiais, os juízes de paz e os juízes temporários dos tribunais eleitorais.

A epígrafe da Seção III (arts. 30 e 31), *competência funcional*, extraída do Código atual (art. 93), não é a ideal. Essa expressão tem sentido equívoco (competência recursal ou hierárquica, competência por fases do processo, competência territorial absoluta), mas em todos esses artigos, ela é utilizada como sinônima de competência absoluta, de que também trata a Seção anterior, sob a epígrafe *Da competência em razão do valor e da matéria*. Observe-se, entretanto que, enquanto o art. 29, quanto à competência em razão do valor e da matéria, admite que sejam objeto de normas do Código de Processo, ou seja, de normas processuais, sem prejuízo da sua regência pelas normas de organização judiciária, o art. 30 remete a regência da chamada *competência funcional* às normas constitucionais e de organização judiciária, sem prever qualquer espaço para a sua disciplina pelo legislador processual, mas no parágrafo único, atribui expressamente ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial o julgamento do incidente de demandas repetitivas. Por outro lado, no art. 865 estabelece regra de afetação do julgamento a colegiado mais qualificado (atual art. 555), que não encontra suporte nas Constituições, nem possivelmente nas normas de organização judiciária. Enfim, o que intento mostrar é que a suposta diferença de tratamento dada às diversas espécies de competência absoluta é inteiramente inútil, como inútil também é a tentativa de rotular algumas delas de *competência funcional*.

Nessa mesma seção o projeto dispõe (art. 31) sobre a força atrativa da intervenção da União, suas autarquias, empresas públicas e fundações públicas, nos processos em que intervierem, deslocando a sua competência para a Justiça Federal, reproduzindo, assim, o prescrito no art. 109, I, da Constituição Federal. Entretanto,

⁹ Ob. cit., p. 26.

exorbitando do texto constitucional, exclui da competência da Justiça Federal outros “casos previstos em lei” que confesso ignorar quais sejam. A Lei Maior, no dispositivo mencionado, ressalva da competência da Justiça Federal as causas de falência, acidente do trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e do Trabalho. O art. 31 do projeto menciona ademais os processos de insolvência que, na verdade, disciplinam a falência dos que não são empresários. E inclui na ressalva também outros casos previstos em lei. Não cabe à lei ampliar a ressalva a outros casos, exceto por expressa autorização constitucional, como ocorre com os feitos da competência da justiça federal que correm nas comarcas do interior da justiça estadual por expressa autorização dos §§ 2º e 3º do art. 109 da Lei Maior.

Nas normas sobre competência territorial (arts. 32 a 38) há preponderante reprodução das que lhes correspondem no Código atual (arts. 94 a 100). Pode parecer curioso que o projeto mantenha a competência territorial absoluta do foro da situação do imóvel para a ação de nunciação de obra nova (art. 33, parágrafo único), se esse procedimento especial deixou de ser regulado no projeto. Entretanto, o direito a embargar obra continua a existir no direito material, seja em consequência de abusos no exercício do direito de construir que ofendem a direitos subjetivos de vizinhos ou condôminos, seja por contrariedade a normas edilícias e posturas municipais.

Entre os foros especiais, o projeto substitui o da residência da mulher para a separação, a conversão em divórcio e a anulação de casamento (artigo 100, I, do Código de 73), pelo foro “do último domicílio do casal” (art. 38, I, do projeto). Nesse ponto, parece que o projeto teria atendido a críticas de que a igualdade entre homens e mulheres não permitiria que se mantivesse o privilégio hoje conferido a estas últimas. Não sou favorável à inovação. As normas de competência territorial são estabelecidas para compensar desvantagem presumida que a parte por elas beneficiada tenha no acesso à justiça ou no exercício do seu direito de defesa. Desconhecer que na sociedade brasileira, ainda hoje, o cônjuge-mulher preponderantemente é a parte mais fraca no casamento e a parte que tem mais dificuldade de acesso à justiça e ao exercício do seu direito de defesa, é pretender igualar os desiguais. O foro do último domicílio conjugal não é necessariamente aquele em que a mulher desfruta das melhores condições para litigar em face do marido, que quase sempre se apresenta como a parte mais forte.

Alguém poderia argumentar que muitas vezes a parte mais fraca pode ser o

marido e que, nesse caso, a norma do atual art. 100, I, pode colocá-lo em posição de franca desvantagem. Aqui identifico uma questão sobre a qual teria sido conveniente que o projeto tivesse se pronunciado. Como disse, as regras de competência territorial relativa se baseiam em presunções humanas de que uma das partes provavelmente se encontra em posição de desvantagem no exercício da sua defesa e, em benefício da paridade de armas, deve ter a possibilidade de trazer a causa para o foro que lhe seja mais acessível. É o que normalmente ocorre com o réu, que, pego de surpresa pela citação, tem de procurar advogado, preparar e exercitar a sua defesa em prazo curto e em momento que não teve a possibilidade de escolher, enquanto o autor teve todo o lapso prescricional para preparar e ajuizar a demanda, escolhendo o momento que lhe parece mais oportuno. Mas essa é uma presunção humana, decorrente da observação daquilo que comumente acontece. Entretanto, a realidade pode ser exatamente contrária. O autor pode ser a parte mais fraca e, no entanto, salvo em determinadas causas em que a regra especial de foro o beneficia, terá ele de perseguir o réu no seu domicílio. As regras do Código atual e do projeto são boas, mas falta ao sistema uma válvula de escape, uma norma de flexibilização, que permita ao juiz decidir a competência de foro em sentido diverso do legalmente prescrito, se reconhecer que a realidade desmente a presunção legal e que a parte mais fraca, cuja inferioridade exige compensação, é exatamente aquela que não tem em seu favor a regra de competência de foro. Foi essa a razão que levou a jurisprudência a repudiar o foro de eleição nos contratos de adesão, permitindo ao juiz de ofício reconhecer a nulidade da cláusula contratual respectiva, o que afinal foi legalmente autorizado pela Lei 11.280/2006, com as alterações introduzidas nos artigos 112 e 114 do atual Código, cujo teor não foi reproduzido no projeto. Em benefício da paridade de armas, o juiz deveria ter idêntica faculdade em todas as hipóteses de competência territorial relativa. Essa flexibilização também resolveria, em qualquer caso, mesmo que mantida a redação proposta pelo projeto para o inciso I do art. 38, aquelas situações em que o cônjuge ficasse excessivamente onerado no exercício da sua defesa pela necessidade de deslocar-se para o foro do último domicílio conjugal em razão, por exemplo, da assistência que deva prestar a filhos menores sob a sua guarda, de grave enfermidade ou deficiência física.

Outro aperfeiçoamento que eu introduziria na disciplina da competência territorial seria o escalonamento dos foros especiais que devem ser considerados

prioritários, quando concorrerem duas ou mais regras diversas. Tive oportunidade de comentar essa questão alhures¹⁰, a respeito da competência na execução de título extrajudicial, e retomo agora a questão. Na concorrência de mais de uma dessas regras, deve observar-se, em primeiro lugar, que as normas dos artigos 32 e 38, III, a, b e c, do projeto, são regras gerais de competência de foro. Sobre elas, prevalecem as demais, que são regras especiais. Entre as especiais, em primeiro lugar, prevalece sobre todas a do parágrafo único do art. 33, foro da situação do imóvel nas ações sobre propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação e nunciação de obra nova, em que essa competência é absoluta. Em seguida, como prioridade, deve prevalecer o foro de eleição (art.48). Na escala descendente prevalecem sobre as demais as regras de proteção especial de certas pessoas para compensar a desvantagem em que se encontram em razão da sua inferioridade jurídica, social ou econômica: o ausente (art.35), o incapaz (art.36), o alimentando (art. 38, II), a mulher (art.38, I) e os sucessores do falecido (art.34). Na ordem decrescente de preferências, viriam na seqüência as regras de proteção da prova dos fatos do art.38, inciso IV, e a do respectivo parágrafo único, sendo que esta última é especial e, portanto, preferente, em relação à primeira; abaixo delas, o foro das demais ações reais imobiliárias (art.33) e o do cumprimento da obrigação (art.38, III, d). Na concorrência de duas regras do mesmo grau de preferência, poderia o autor optar por qualquer dos foros delas decorrentes, salvo se tornar excessivamente difícil o exercício da defesa do réu ou de algum dos réus.

A imposição ao réu de um foro que lhe torna a defesa excessivamente difícil também deveria ser levada em conta no litisconsórcio passivo, em face da regra do projeto inscrita no § 4º do art. 32, correspondente ao atual § 4º do art. 94. A solução poderia ser análoga à prevista no parágrafo único do art.101 do projeto, correspondente ao parágrafo único do art. 46 do Código atual: recusabilidade do litisconsórcio passivo, salvo se necessário, pelo co-réu demandado fora do seu domicílio, se houver comprovado prejuízo à sua defesa.

8. Capítulo I, Seção V, *Das modificações da competência* (arts. 39 a 48).

¹⁰ *O Processo de Execução*, vol. I, ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1999, pp. 392-393.

Nesta seção sobressai o tratamento dado aos institutos da conexão e da continência. O conceito de conexão adotado pelo projeto no art. 40 é bem mais elástico do que o atual, pois identifica o instituto não por algum particular elemento essencial (identidade de pedido ou causa de pedir), mas pelo efeito, a saber, o risco de decisões contraditórias que pode ser gerado pela decisão em separado de duas ou mais ações. Atende o projeto à crítica de que o conceito do atual art. 103 é excessivamente restrito, estendendo-o a hipóteses de ações ou direitos que se originam de um ou mais fatos comuns, assim como de ações em que o ponto comum é uma questão de direito alegada como defesa em uma ação e como fundamento em outra, como ocorre na atual reconvenção, transformada pelo projeto em pedido contraposto (art.337).

Da conjugação dos arts. 39, 40 e 43, parece lícito concluir que a conexão, pelo risco de decisões contraditórias, possibilita a reunião das ações conexas no mesmo processo para nele serem decididas simultaneamente. Entretanto, dois problemas daí decorrem: o primeiro é a aplicação da conexão à execução de título extrajudicial e à ação anulatória do mesmo débito, expressamente prevista no parágrafo único do art. 40; o segundo é a aplicação da conexão à distribuição por dependência regulada no art. 249 do projeto, que reproduz a redação do atual art. 253, oriunda das Leis 10.358/2001 e 11.280/2006.

Quanto ao primeiro problema, tem-se entendido que a conexão não se destina a reunir as ações conexas para julgamento simultâneo, nem isso seria possível, porque a execução não visa a uma sentença. Por outro lado, os procedimentos são diferentes, o que de qualquer modo impediria a cumulação de ações no mesmo processo, a teor do art. 292 do Código atual, reproduzido no art. 312 do projeto. Na verdade, se a ação anulatória é anterior ao ajuizamento da execução, poderia ser esta suspensa pela prejudicialidade daquela, o que tem sido admitido em sede pretoriana, mas não se compatibiliza com o disposto no atual § 1º do art. 585, reproduzido no § 1º do art. 710 do projeto, segundo o qual “a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução”. O que se extrai daí em relação ao conceito e à função da conexão, sem prejuízo da solução do problema em si, que a meu ver deveria ser objeto de disposição expressa do novo Código, é que a conexão moldada nos artigos referidos do projeto não é adequada para a concorrência da jurisdição de conhecimento e da jurisdição de execução, embora disciplinada no

Livro I do projeto que constitui a Parte Geral do Código, onde deveriam estar regras comuns aos processos das duas jurisdições.

Quanto ao segundo problema, verdadeiro tormento dos advogados que militam na Justiça Federal, pelo menos no Estado do Rio de Janeiro, porque pela simples identidade de CPFs e CNPJs, o novo processo é inicialmente distribuído a um juízo supostamente prevento por alguma das circunstâncias previstas no atual art. 253, mesmo que o anterior já esteja findo ou já tenha sido julgado, e aí começa uma busca interminável de informações, algumas de difícil acesso junto a todas as varas em que algum dia tramitaram processos entre as mesmas partes para confirmar a ocorrência da prevenção, retardando a citação e, muitas vezes, a apreciação de uma liminar, chegou a hora, numa nova codificação, de pôr ordem na casa. Afinal, a que visa o dispositivo em comento, senão a impedir a chicana da escolha de um novo juízo mais favorável pela parte que já teve o seu pleito rejeitado e que o mascara de pleito diverso ou desiste do primeiro para renová-lo com parcial alteração dos nomes das partes. Entretanto, nesse caso, a finalidade não é a de reunir a causa posterior no mesmo processo com a anterior, o que, aliás, em grande número de casos, é absolutamente impossível, conforme reconhece o próprio legislador ao determinar a distribuição por dependência até no caso de processo anterior extinto. Assim, o risco de decisões contraditórias não resulta do eventual julgamento em separado dessas ações, o que em geral será inevitável, mas do julgamento por juízos diversos, o que, convenhamos, é um exagero do legislador, pois esse risco pode ser facilmente equacionado, sem necessária distribuição por dependência e sem paralisação da continuidade do novo processo, com evidente e grave prejuízo ao acesso à justiça do autor, bastando que o registro de distribuição informe nos autos a existência de processos anteriores entre as mesmas partes e que se explicita, na disciplina da litigância de má fé, que constitui ato ilícito, sujeito a multa aplicável pelo juiz da causa, a repropositura de demanda idêntica ou análoga a outra anterior, em que tenha sido denegada tutela de urgência, sem, concorrentemente, informar a sua existência e com o evidente intuito de obter provimento que de qualquer modo possa ser incompatível com o anterior. Nesse sentido, poderia ser incluído, no art. 66, entre os deveres das partes e dos seus procuradores, o de informar na petição inicial de qualquer ação a relação das ações anteriormente propostas em face do mesmo réu, com a explicitação do pedido nelas formulado.

Outro aspecto desse esdrúxulo dispositivo é a forma imperativa nele adotada (“Distribuir-se-ão por dependência”, no art. 253 do Código de 73: “serão distribuídas por dependência”, no art. 249 do projeto) a indicar o seu caráter imperativo, incompatível com a facultatividade da reunião de ações conexas, prevista no art. 105 do Código atual e no art. 39 do projeto. Qual seria a consequência da inobservância da distribuição por dependência? Nulidade? A meu ver, não. Se o vínculo entre a ação anterior e a nova é a mera conexão e esta tem a finalidade de reunir as ações no mesmo processo, desde que isso seja proveitoso para evitar decisões contraditórias, em qualquer caso, mesmo naqueles em que a distribuição se efetuou por dependência, a livre distribuição inicial ou posterior será o resultado de um juízo discricionário, não acarretando qualquer nulidade. Aliás, a livre distribuição deve ser a regra geral, para assegurar a impessoalidade na definição do juízo competente, e a distribuição por dependência a exceção. Considero, sob esse aspecto, que a previsão do legislador de vinculação da distribuição nos casos de feito anterior extinto, viola essa impessoalidade e a própria imparcialidade do juiz, merecendo censura à luz da garantia constitucional do devido processo legal.

Quanto à continência, é noção hoje assente que ela não constitui um instituto processual autônomo, pois em parte ela é litispendência e em parte ela é conexão. Se o processo anterior é o de pedido mais amplo, o subsequente deve ser extinto pela litispendência, o que está expresso no art.42 do projeto. Entretanto, em sua parte final, esse dispositivo estabelece que na hipótese inversa, ou seja, se o processo anterior for o de pedido menos extenso, “as ações serão necessariamente reunidas”. Ora, se no novo processo, há litispendência parcial, nesta parte o novo processo deve ser extinto. E na parte em que o segundo processo é mais amplo, com a mesma causa de pedir, há apenas conexão, devendo ser por essa razão facultativa a reunião de ações no mesmo processo, nos termos do art. 39.

Ainda nessa seção, é positiva a nova disposição do art.44, que retira dos efeitos da citação a prevenção, determinando em qualquer caso que esse efeito resulte do despacho que ordenar a citação. No código atual, há disposições diversas e pouco claras sobre a matéria, conforme se verifica dos seus artigos 219 e 106.

Também merece um comentário a regra do art. 46 (idêntico ao art.108 do Código atual), segundo a qual a ação acessória será proposta no juízo competente para a

ação principal, que, em grande parte, vai atingir a tutela da urgência, na qual o princípio é repetido (art. 280). Se a efetividade do processo é uma das metas do projeto, procede a crítica de Ovídio Baptista da Silva aos dispositivos correspondentes do Código atual, segundo o qual, nas medidas de urgência antecedentes, o legislador se preocupou mais com o processo principal “do que com a funcionalidade e eficiência do processo cautelar”, pois o legislador deveria permitir, ao menos alternativamente, que a medida de urgência fosse proposta no lugar onde deva ser executada, onde deva ser abortado o perigo de dano ou onde se situarem os bens a serem por ela protegidos, soluções encontradas no direito italiano, no direito alemão e no direito português¹¹.

9. Seção VI, *Da incompetência* (arts. 49 a 51).

Aparentemente, há pouco que comentar a respeito desta Seção, a não ser que, no intuito de simplificação e aceleração do procedimento, a incompetência relativa deixa de ser objeto de uma exceção com suspensão do processo para integrar, ao lado da incompetência absoluta, o rol das preliminares da contestação (arts. 49 e 338, II); e que, no intuito de propiciar o aproveitamento dos atos processuais, evitando repetições e retrocessos, a incompetência absoluta deixa de determinar automaticamente a nulidade de todos os atos decisórios, preservando-se os efeitos das decisões proferidas pelo juízo incompetente e cabendo ao juiz competente decidir se os mantém ou revoga.

Poucos compreenderam a razão de ser da exceção de incompetência e, diante dos elevados objetivos a que se propuseram os autores do projeto, não serei eu que irei defender a sua conservação. Entretanto, observo no novo regime da incompetência relativa alguns defeitos que precisarão ser equacionados. A exceção se oferecia em separado e suspendia o processo para que o réu, que alegasse incompetência territorial, não tivesse de constituir advogado e defender-se perante o juízo que considera incompetente, em manifesta posição de desvantagem, longe do seu domicílio ou do foro onde o exercício da sua defesa lhe fosse mais favorável. Se a incompetência relativa passa a ser uma preliminar da contestação, sem suspensão do processo, o réu terá de defender-se perante o juízo incompetente, até que essa preliminar seja decidida, tendo

¹¹ Ob. cit., pp. 155-156.

de constituir advogado, acompanhar o processo, comparecer à audiência, em situação de nítida desvantagem em relação ao seu adversário, o que viola a paridade de armas.

Note-se que o projeto, tendo extinguido a exceção de incompetência, transformou a regra do parágrafo único do art.305 do Código atual, introduzida pela Lei nº 11.280/2006 - segundo a qual a argüição dessa preliminar podia ser feita pelo réu em petição protocolizada no juízo do seu próprio domicílio, justamente para não obrigá-lo a constituir advogado e a acompanhar o processo no juízo em que a causa foi proposta -, na regra da parte final do art. 49 que, nesse caso, permite que a contestação seja protocolada no juízo do domicílio do réu.

Isso significa que o réu, que somente oferecerá a contestação depois da audiência de conciliação, terá de comparecer a esta ou constituir advogado para estar presente, sem que ainda tenha tido oportunidade de suscitar a incompetência relativa. Não é preciso ter imaginação muito fértil para prever o que farão os advogados para contornar esse problema: petição avulsa, protocolada antes da audiência de conciliação, requerendo que o juiz decline de sua competência, frustrando, assim, o intuito do projeto de reduzir o numero das decisões interlocutórias e de concentrar o exame de todas as questões processuais no julgamento conforme o estado do processo. Embora não seja aqui o local apropriado, anteveja-se o desdobramento. Da decisão antecipada ou proferida no momento próprio, que resolver a argüição de incompetência relativa, não caberá recurso imediato, nos termos do art. 929 do projeto, o que significa que terá o réu de prosseguir a sua defesa em condições desfavoráveis ou terá o autor de deslocar-se para o novo juízo e aí prosseguir a sua demanda, porque somente a final, quando sobrevier a sentença, é que essa questão poderá ser levada à apreciação do tribunal de 2º grau. Também aqui, não é necessária muita imaginação para prever o que farão os advogados.

Quando se codifica, as improvisações, os enxertos, as soluções precárias e assistemáticas adotadas por juízes e tribunais para resolver problemas reais que o legislador não anteviu devem ser substituídas por novas soluções racionais e sistemáticas dos mesmos problemas e, se possível, sem criar novos problemas. Uma legislação que elimina alguns problemas e cria outros ainda maiores precisa ser repensada.

Quem sabe fosse o caso de manter-se a exceção de incompetência, como se manteve a exceção de impedimento ou de suspeição (art. 116), embora sem esse nome, retirando-lhe o efeito suspensivo automático e dispensando a sua autuação em apenso que, aliás, vai tornar-se inócua com a implantação do processo eletrônico, conservando a regra do atual parágrafo único do art. 305.

Ainda quanto à incompetência relativa, parece-me conveniente restaurar, como parágrafos no art. 50, as normas sobre a nulidade da cláusula de eleição de foro nos contratos de adesão, embora não me pareça que essa matéria deva ser de apreciação oficiosa pelo juiz.

Quanto ao aproveitamento dos atos na incompetência absoluta (art. 49, § 3º), ela me parece francamente positiva. Conforme manifestei no meu estudo sobre a *translatio iudicii*, a meu ver esse aproveitamento deve estender-se também às atuais hipóteses de inadequação do procedimento, evitando a frustração de ter de começar tudo de novo e, com frequência, não ter mais a possibilidade de fazê-lo.

Conviria, entretanto, complementar a nova regra com a definição de critérios para balizar o novo juiz na preservação ou não dos atos praticados no juízo incompetente, o que tentei esboçar naquele estudo¹².

¹² “A nulidade dos atos decisórios, a que se refere o § 2º do artigo 113 do nosso Código de Processo Civil, se refere apenas aos atos decisórios para os quais o juízo de origem era incompetente. Se a incompetência se restringia apenas à apreciação da matéria objeto da relação jurídica substancial, somente os atos decisórios provisórios ou definitivos que versaram sobre essa matéria é que serão nulos e deverão ser renovados no juízo competente. Em princípio, todas as decisões sobre questões processuais e sobre matéria probatória serão preservadas, salvo se a incompetência atingir o próprio procedimento e os atos já praticados não puderem ser aproveitados no procedimento adequado, por serem com ele incompatíveis. No despacho em que determinar a continuidade do processo, em obediência ao artigo 249 do CPC, o juiz declarará os atos atingidos pela inicial incompetência ou inadequação do procedimento. A continuidade do processo, no caso de incompetência, deverá ser determinada de ofício pelo juízo competente, por força do princípio do impulso processual oficial, declarando nesse momento os atos que devam ser renovados em razão dessa nulidade. No caso de inadequação do procedimento, o juiz, ao reconhecê-la, deverá facultar ao autor a opção pelo procedimento adequado, determinando em seguida as providências necessárias à retomada do processo, declarando os atos que devam ser renovados e o seguimento do processo no procedimento adequado. Se necessária a reconfiguração dos elementos individualizadores da demanda, o juiz deverá reconhecê-la expressamente, antes ou depois da emenda da inicial pelo autor. A preservação dos efeitos processuais e substanciais do processo primitivo implica em projeção ao processo subsequente dos efeitos das preclusões já consumadas e dos direitos subjetivos processuais anteriormente adquiridos, bem como resguarda na fase sucessiva as faculdades decorrentes de atos ou fases do processo primitivo, ainda que não previstas no procedimento adequado, que deverá respeitá-las. Mas essa proteção do direito adquirido ou da confiança legítima é decorrente da presunção de boa fé de que o erro de competência ou de procedimento seja escusável. Com a reassunção do processo, em qualquer caso, não mais ocorrerá a caducidade de liminares e cautelares preconizada no artigo 808, inciso III, do CPC, salvo se diretamente contaminadas pelo vício do processo primitivo e obtidas através do recurso abusivo ao juízo incompetente ou ao procedimento inadequado.” (*A translatio iudicii e a reassunção do processo*, p. 26).

Por fim, o conflito de competência é definido no art. 51 do projeto, mas seu procedimento foi deslocado para os arts. 869 a 877, no Livro IV, Título II, sobre os processos nos tribunais. No parágrafo único do art. 51 o projeto consagra a regra de que o segundo juiz no conflito, se não concordar com a sua competência, mas a atribuir ao primeiro, deverá necessariamente suscitar o incidente. É norma salutar que já vinha sendo adotada.

Rio de Janeiro, 28 de outubro de 2010