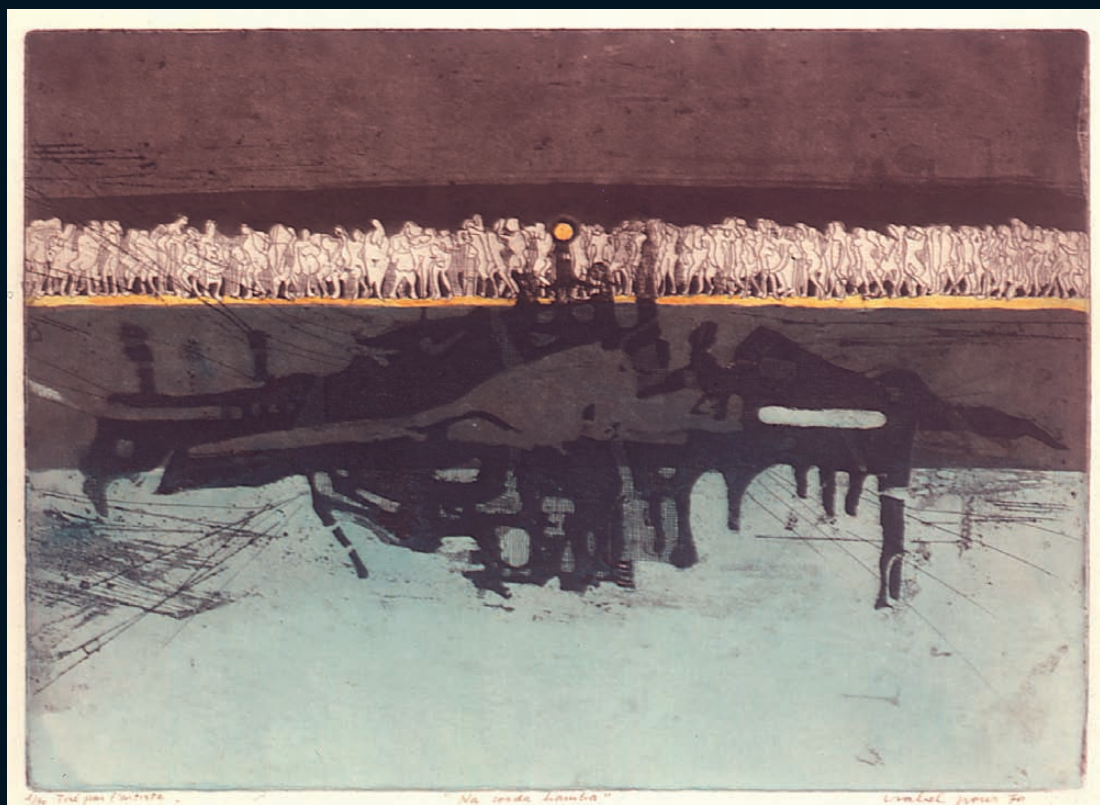


# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas  
Brasília – Abril-Junho/2011 – Ano 48 – Nº 190 – Tomo 1



Isabel Pons, “Na Corda Bamba”, 1970. Acervo do Senado Federal.

# REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 48 • n. 190 • t. 1  
Abril/junho – 2011

## Novo Código de Processo Civil

Organizador: Bruno Dantas  
Consultor Legislativo do Senado Federal

REVISTA  
de  
INFORMAÇÃO  
LEGISLATIVA

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade  
Presidente do Senado Federal – 1961-1967  
Isaac Brown  
Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967  
Leyla Castello Branco Rangel  
Diretora – 1964-1988

---

ISSN 0034-835x

Publicação trimestral da  
Subsecretaria de Edições Técnicas  
Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III, Praça dos Três Poderes  
CEP: 70.165-900 – Brasília, DF. Telefones: (61) 3303-3575, -3576 e -3579  
Fax: (61) 3303-4258. E-Mail: livros@senado.gov.br

DIRETORA: Anna Maria de Lucena Rodrigues

REVISÃO DE ORIGINAIS: Angelina Almeida Silva  
REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Marilúcia Chamarelli e Larissa Nogueira Bello  
REVISÃO DE PROVAS: Nathália Benthner Narciso, Maria José Franco e Débora da Silva Oliveira  
EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Rejane Campos Lima Rodrigues e Jussara Cristina Shintaku  
CAPA: Rejane Campos Lima Rodrigues  
IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

---

© Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação será permitida com a prévia permissão escrita do Editor.

Solicita-se permuta.  
Pidesse canje.  
On demande l'échange.  
Si richiede lo scambio.  
We ask for exchange.  
Wir bitten um Austausch.

---

Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas.  
– Ano 1, n. 1 (mar. 1964)- . . – Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições  
Técnicas, 1964- . .  
v.

Trimestral.

Ano 1-3, n. 1-10, publicada pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, n. 11-33,  
publicada pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9, n. 34, publicada pela Subsecretaria  
de Edições Técnicas;

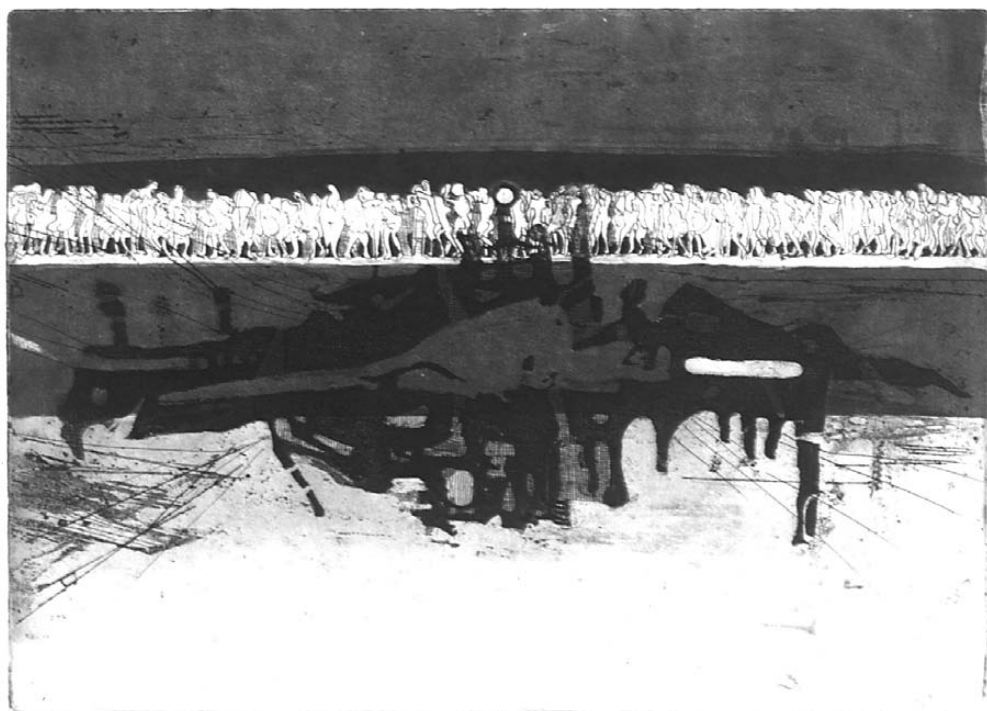
Edição especial com dois tomos, 190 (abr./jun. 2011).

ISSN 0034-835x

1. Direito, periódico. I. Brasil. Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas.

CDD 340.05  
CDU 34(05)

---



“Na Corda Bamba”, de Isabel Pons, técnica calcografia. Água-tinta e  
Água-forte (1/30) de 1970. Dimensões: 0,34cm x 0,45cm.



# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília · ano 48 · n. 190 · t. 1 · abril/junho · 2011

Senador José Sarney	<i>Prefácio – Um novo Código de Processo Civil</i> 7
Ada Pellegrini Grinover	Conciliação e mediação judiciais no Projeto de Novo Código de Processo Civil 9
Alexandre Reis Siqueira Freire	O recurso especial no Novo Código de Processo Civil 17
Arnoldo Camanho de Assis	O agravo de instrumento contra decisões que versam sobre o mérito da causa 27
Arruda Alvim	Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo 35
Benedito Cerezzo Pereira Filho	Tutela dos direitos no novo Código de Processo Civil. Projeto 166 49
Bruno Dantas	A jurisprudência dos tribunais e o dever de velar por sua uniformização e estabilidade 61
Bruno Freire e Silva	Primeiras impressões sobre a exclusão de alguns institutos do Novo Código de Processo Civil 75
Bruno Garcia Redondo	Os deveres-poderes do juiz no Projeto de Novo Código de Processo Civil 89
Caio Cesar Rocha	Homologação de sentença arbitral estrangeira no Projeto do Novo Código de Processo Civil 103
Cassio Scarpinella Bueno	<i>Amicus curiae</i> no Projeto de novo Código de Processo Civil 111
Cláudia Aparecida Cimardi	A execução contra a Fazenda Pública no Projeto do CPC 123
Fábio Ulhoa Coelho	A ação de dissolução parcial de sociedade 141
Felipe Locke Cavalcanti	O anteprojeto de Código de Processo Civil e o Ministério Público 157
Fernando da Fonseca Gajardoni	Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC 163
Flávia Pereira Ribeiro	A introdução da audiência <i>initio litis</i> – de conciliação ou mediação – no Código de Processo Civil 179

Francisco Verbic	El incidente de resolución de demandas repetitivas en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil Brasileño 189
Fredie Didier Jr.	É o fim da reconvenção? Crítica à proposta do projeto de Novo Código de Processo Civil 203
Guilherme Beux Nassif Azem	A instrumentalidade objetiva do recurso extraordinário 205
Henrique Nelson Calandra e Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera	Breves reflexões sobre a efetividade do processo e o papel do Juiz no Brasil 211
Humberto Dalla Bernardina de Pinho	O novo CPC e a mediação. Reflexões e ponderações 219
Humberto Theodoro Júnior	O compromisso do Projeto de Novo Código de Processo Civil com o processo justo 237
Jansen Fialho de Almeida	O juiz e o princípio da efetividade no novo CPC 265
José Carlos de Araújo Almeida Filho	A teoria geral dos atos processuais praticados por meios eletrônicos, a partir de um novo CPC. Uma nova ideia acerca da instrumentalidade das formas no procedimento eletrônico 267
José Eduardo Cardozo e Marivaldo de Castro Pereira	O futuro da prestação jurisdicional 279
José Miguel Garcia Medina	A dimensão procedimental dos direitos e o projeto do novo CPC 289
Leo Piccininni	Le impugnazioni nel nuovo <i>Código de Processo Civil</i> brasileiro, tra isonomia e deflazione 303
Luiz Henrique Volpe Camargo	Cem novidades do novo Código de Processo Civil 315

## PREFÁCIO

# UM NOVO CÓDIGO DO PROCESSO CIVIL

Quando, em 14 de outubro de 2009, instalei a Comissão de Juristas incumbida de elaborar um anteprojeto de novo Código de Processo Civil para o Brasil, aludi a uma feliz evocação de Ruy no sentido de que há o tempo de plantar couve e o tempo de plantar carvalho. A menção ao patrono do Senado da República servia ali para deixar claro que estávamos reunidos para plantar carvalho.

Naquela ocasião, o Senado avançava no que tem sido uma grande contribuição para o País: a Reforma do Judiciário, que se iniciara cinco anos antes, com a modernização constitucional materializada pela Emenda Constitucional 45/2004, e que precisa dar o passo fundamental da atualização dos códigos de processo.

O Brasil não pode se dar ao luxo de perder o atual ciclo virtuoso de nosso desenvolvimento econômico e social por causa do estrangulamento do sistema de Justiça que cria instabilidade jurídica e afugenta investidores.

Conduzida com maestria pelo Ministro Luiz Fux e sob a influência intelectual da Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, a Comissão de Juristas composta por doze dos mais competentes processualistas brasileiros, em pouco mais de seis meses, entregou-me o anteprojeto do novo Código de Processo Civil que trazia consigo as marcas da simplificação e da racionalização dos ritos com vistas a alcançar a promessa constitucional de razoável duração do processo sem agredir a garantia de ampla defesa.

Preparado com grande transparência e da maneira mais participativa possível – com a realização das audiências públicas nas cinco regiões de nosso País –, o anteprojeto foi prontamente subscrito por mim, registrado como Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, e submetido ao processo legislativo, que durou apenas seis meses, graças ao dedicado e incansável trabalho do seu relator-geral, Senador Valter Pereira.

Encerrada a primeira etapa da tramitação do projeto do novo CPC, surge um momento privilegiado para que juristas nacionais e estrangeiros se debruçam sobre o texto e ofereçam ao Parlamento suas visões, contribuições e críticas: esta edição especial da Revista de Informação Legislativa que, em dois volumes, reúne cinquenta e um artigos científicos de renomados juristas brasileiros e estrangeiros.

Ao criar ambiente para que reflexões de especialistas em torno do projeto venham a público, o Senado Federal reafirma seu compromisso democrático e participativo. Aproveito para saudar a iniciativa do Organizador deste número, Consultor Bruno Dantas, e da Subsecretaria de Edições Técnicas, que forneceu insumos para que a ideia se concretizasse, assim como para expressar meu agradecimento a todos os estudiosos que forneceram suas contribuições.

José Sarney





# Conciliação e mediação judiciais no Projeto de Novo Código de Processo Civil

Ada Pellegrini Grinover

## Sumário

1. As propostas do IBDP, Cebepej e Foname à Comissão de Juristas instituída pelo Senado Federal. 2. A apresentação do Anteprojeto e seus pontos críticos. 3. As novas propostas e o texto do Projeto aprovado pelo Senado. 4. Um fato novo: a edição da Resolução 125/2010 pelo CNJ. 5. O Substitutivo do IBDP e o tratamento completo da matéria. 6. Conclusão.

1 – Tão logo foi constituída a Comissão do Senado encarregada da apresentação do projeto de um novo Código de Processo Civil, o Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP e o Cebepej (Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais), assessorados pelo Foname (Fórum Nacional de Mediação), apresentaram, por meu intermédio, uma proposta de regulamentação da mediação e conciliação judiciais, cujos pontos principais consistiam nos seguintes aspectos: a) inserir os mediadores e conciliadores judiciais entre os auxiliares da justiça, prevendo sua remuneração; b) estruturar uma audiência ou sessão inicial, em que as partes teriam contato com mediadores e conciliadores judiciais, para serem encaminhados aos meios adequados de solução de conflitos; c) determinar que cada tribunal organizasse um cadastro de mediadores e conciliadores judiciais, que requereriam sua inscrição após aprovação em curso de capacitação aprovado pelo tribunal; d) estabelecer princípios gerais

Ada Pellegrini Grinover é Presidente Honorária do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual

para o exercício da função de mediador e conciliador judiciais.

Oportuno lembrar que, nessa oportunidade, o CNJ estava começando a trabalhar em torno da ideia de uma Resolução que institucionalizasse os meios adequados de solução de conflitos, a qual resultaria mais tarde na Resolução n. 125, de 2010.

2 - Quando a primeira versão do Anteprojeto de Código de Processo Civil foi apresentada, algumas das ideias sugeridas pelo IBDP - Cebepej - Foname estavam ali incorporadas, mas com graves inconvenientes na disciplina da matéria. Entre os mais graves, podem se destacar os seguintes: os tribunais poderiam apenas propor a criação de setores de mediação e conciliação, a serem criados pela lei de organização judiciária; as funções de mediador e conciliador judiciais estavam previstas como sendo privativas do advogado; a audiência de conciliação (anterior à contestação) seria conduzida pelo juiz, a que mediador e conciliador judiciais ficariam subordinados; a exclusão destes do registro do tribunal ficaria a critério de qualquer órgão do poder Judiciário, sem a garantia de um processo administrativo.

3 - Intervim novamente no processo legislativo, agora para o aperfeiçoamento do Anteprojeto, enviando novas sugestões e conseguindo mais algumas conquistas. Assim, o texto aprovado pelo Senado teve a seguinte redação:

#### “CAPÍTULO III

#### DOS AUXILIARES DA JUSTIÇA

Art. 129. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria judicial, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador e o conciliador judicial.

.....

#### Seção V

Dos conciliadores e dos mediadores judiciais

Art. 144. Cada tribunal pode criar setor de conciliação e mediação ou programas destinados a estimular a autocomposição.

§ 1º A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da neutralidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade e da informalidade.

§ 2º A confidencialidade se estende a todas as informações produzidas ao longo do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 3º Em virtude do dever de sigilo, inerente à sua função, o conciliador e o mediador e sua equipe não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

Art. 145. A realização de conciliação ou mediação deverá ser estimulada por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

§ 1º O conciliador poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 2º O mediador auxiliará as pessoas interessadas a compreenderem as questões e os interesses envolvidos no conflito e posteriormente identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo.

Art. 146. O conciliador ou o mediador poderá ser escolhido pelas partes de comum acordo, observada a legislação pertinente.

Parágrafo único. Não havendo acordo, haverá distribuição a conciliador ou o mediador entre aqueles inscritos no registro do tribunal, observada a respectiva formação.

Art. 147. Os tribunais manterão um registro de conciliadores e mediadores, que conterà o cadastro atualizado de todos os habilitados por área profissional.

§ 1º Preenchendo os requisitos exigidos pelo tribunal, entre os quais, necessariamente, a capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, o conciliador ou o mediador, com o certificado respectivo, requererá inscrição no registro do tribunal.

§ 2º Efetivado o registro, caberá ao tribunal remeter ao diretor do foro da comarca ou da seção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que o nome deste passe a constar do rol da respectiva lista, para efeito de distribuição alternada e aleatória, obedecendo-se rigorosa igualdade.

§ 3º Do registro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de causas de que participou, o sucesso ou o insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como quaisquer outros dados que o tribunal julgar relevantes.

§ 4º Os dados colhidos na forma do § 3º serão classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e fins estatísticos, bem como para o fim de avaliação da conciliação, da mediação, dos conciliadores e dos mediadores.

§ 5º Os conciliadores e mediadores cadastrados na forma do *caput*, se inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, estão impedidos de exercer a advocacia nos limites da competência do respectivo tribunal e de integrar escritório de advocacia que o faça.

Art. 148. Será excluído do registro de conciliadores e mediadores aquele que:

I – tiver sua exclusão motivadamente solicitada por qualquer órgão julgador do tribunal;

II – agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade;

III – violar os deveres de confidencialidade e neutralidade;

IV – atuar em procedimento de mediação, apesar de impedido.

§ 1º Os casos previstos no *caput* serão apurados em regular processo administrativo.

§ 2º O juiz da causa, verificando atuação inadequada do conciliador ou do mediador, poderá afastá-lo motivadamente de suas atividades no processo, informando ao tribunal, para instauração do respectivo processo administrativo.

Art. 149. No caso de impedimento, o conciliador ou o mediador devolverá os autos ao juiz, que realizará nova distribuição; se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com o relatório do ocorrido e a solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador.

Art. 150. No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o conciliador ou o mediador informará o fato ao tribunal para que, durante o período em que perdurar a impossibilidade, não haja novas distribuições.

Art. 151. O conciliador ou o mediador fica impedido, pelo prazo de um ano contado a partir do término do procedimento, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer dos litigantes.

Art. 152. O conciliador e o mediador perceberão por seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada

pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

Art. 153. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes.”

Quanto à audiência de conciliação, prescreve o projeto aprovado pelo Senado:

#### “CAPÍTULO V

#### DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO

Art. 323. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação com antecedência mínima de trinta dias.

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação, observando o previsto nos artigos 144 e 145, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à mediação e à conciliação, não excedentes a sessenta dias da primeira, desde que necessárias à composição das partes.

§ 3º As pautas de audiências de conciliação, que respeitarão o intervalo mínimo de vinte minutos entre um e outro ato, serão organizadas separadamente das de instrução e julgamento e com prioridade em relação a estas.

§ 4º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

§ 5º A audiência não será realizada se uma das partes manifestar, com dez dias de antecedência, desinteresse na composição amigável. A parte contrária será imediatamente intimada do cancelamento do ato.

§ 6º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu é conside-

rado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento do valor da causa ou da vantagem econômica objetivada, revertida em favor da União ou do Estado.

§ 7º As partes deverão se fazer acompanhar de seus advogados ou defensores públicos.

§ 8º A parte poderá fazer-se representar por preposto, devidamente credenciado, com poderes para transigir.

§ 9º Obtida a transação, será reduzida a termo e homologada por sentença”.

4 – Mas aí ocorreu um fato novo, qual seja a edição, pelo CNJ, da Resolução n. 125/2010, que regulamentou a matéria de maneira diferente, inclusive quanto à terminologia, de quanto o faz o Projeto de Lei aprovado pelo Senado. Era, assim, necessário adequar o Projeto aos ditames da Resolução nº 125. E mais: era preciso retirar o absurdo impedimento de o mediador-conciliador exercer a advocacia nos limites da competência do respectivo tribunal e de integrar escritório de advocacia que o fizesse. Pensou-se, também, em tornar a audiência de conciliação obrigatória, porquanto não se pode permitir que uma das partes manifeste a intenção de a ela se subtrair, sem que haja pelo menos um contato com o mediador-conciliador judicial, que poderão evidenciar as vantagens da solução consensuada. Também seria útil acrescentar um dispositivo que indicasse que a indisponibilidade do bem jurídico objeto da demanda não impossibilita o acordo quanto aos meios e prazos de satisfação da obrigação. E, finalmente, seria oportuno distinguir entre mediação e conciliação não só pelos métodos diversos utilizados pelo terceiro facilitador, mas também pelos conflitos mais adequados a uma ou outra técnica de solução.

5 – Outro fato novo que influiu no aporte de novas propostas foi o fato de o Projeto ser submetido a consulta pública pelo Ministério da Justiça, o que deu margem para o

IBDP criar uma comissão para a apresentação de um substitutivo. E, assim, a redação dos dispositivos atinentes aos conciliadores e mediadores judiciais e à audiência de conciliação, a ser apresentada no Substitutivo do IBDP, acabou sendo a seguinte:

“Seção V

Dos conciliadores e dos mediadores

Art. 144. Todos os Tribunais terão Centros judiciários de solução de conflitos e cidadania, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.

§ 1º A composição e a organização dos Centros será definida por Resolução do CNJ e por atos dos Tribunais, atribuindo necessariamente sua coordenação a um juiz, responsável por sua administração e pela supervisão dos conciliadores e mediadores.

§ 2º As sessões de conciliação e mediação pré-processuais e as audiências ou sessões de conciliação ou mediação processuais serão realizadas nos Centros.

§ 3º Excepcionalmente, as audiências ou sessões de conciliação ou mediação processuais poderão ser realizadas nos próprios juízos, desde que o sejam por conciliadores e mediadores cadastrados junto ao Tribunal.

Art. 145. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da neutralidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade e da informalidade.

§ 1º A confidencialidade se estende a todas as informações produzidas ao longo do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º Em virtude do dever de sigilo, inerente à sua função, o conciliador e

o mediador e sua equipe não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

Art. 146. A realização de conciliação ou mediação deverá ser estimulada por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

§ 1º O conciliador, que atuará preferencialmente quando não tiver havido vínculo anterior entre as pessoas interessadas, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 2º O mediador, que atuará preferencialmente quando tiver havido vínculo anterior entre as pessoas interessadas, as auxiliará a compreenderem as questões e os interesses envolvidos no conflito e posteriormente identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo.

Art. 147. O conciliador ou o mediador poderá ser escolhido pelas partes de comum acordo, dentre os cadastrados junto ao tribunal.

Parágrafo único. Não havendo acordo, haverá distribuição a conciliador ou a mediador entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação.

Art. 148. Os tribunais manterão um cadastro de conciliadores e mediadores, que conterà o registro atualizado de todos os habilitados por área profissional.

§ 1º Preenchendo os requisitos exigidos pelo tribunal, entre os quais, necessariamente, a capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, o conciliador ou o mediador, com o certificado respectivo, requererá inscrição no cadastro do tribunal.

§ 2º Efetivado o registro, caberá ao tribunal remeter ao diretor do foro da comarca ou da seção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que o nome deste passe a constar do rol da respectiva lista, para efeito de distribuição alternada e aleatória, obedecendo-se rigorosa igualdade.

§ 3º Do cadastro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de causas de que participou, o sucesso ou o insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como quaisquer outros dados que o tribunal julgar relevantes.

§ 4º Os dados colhidos na forma do § 3º serão classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e fins estatísticos, bem como para o fim de avaliação da conciliação, da mediação, dos conciliadores e dos mediadores.

Art. 149. Será excluído do cadastro de conciliadores e mediadores aquele que:

I – tiver sua exclusão motivadamente solicitada por qualquer órgão julgador do tribunal;

II – agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade;

III – violar os deveres de confidencialidade e neutralidade;

IV – atuar em procedimento de mediação, apesar de impedido.

V – violar qualquer princípio ou regra estabelecidos no Código de Ética.

§ 1º Os casos previstos no *caput* serão apurados em regular processo administrativo.

§ 2º O juiz coordenador do centro ou o juiz da causa, verificando atuação inadequada do conciliador ou do mediador, poderá afastá-lo motivadamente de suas atividades, informan-

do ao tribunal, para instauração do respectivo processo administrativo.

Art. 150. No caso de impedimento, o conciliador ou o mediador devolverá os autos ao juiz, que realizará nova distribuição; se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com o relatório do ocorrido e a solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador.

Art. 151. No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o conciliador ou o mediador informará o fato ao centro para que, durante o período em que perdurar a impossibilidade, não haja novas distribuições.

Art. 152. O conciliador ou o mediador fica impedido, pelo prazo de um ano contado a partir do término do procedimento, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer dos litigantes.

Art. 153. O conciliador e o mediador perceberão por seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

Art. 154. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes.

E quanto à audiência de conciliação:

“CAPÍTULO V

DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO

Art. 323. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz deverá designar audiência de conciliação com antecedência mínima de quinze dias.

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará na audiência de conciliação, observando o previsto nos artigos 144 e 145.



§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à mediação e à conciliação, não excedentes a sessenta dias da primeira, desde que necessárias à composição das partes.

§ 3º As pautas de audiências de conciliação, que respeitarão o intervalo mínimo de vinte minutos entre um e outro ato, serão organizadas separadamente das de instrução e julgamento e com prioridade em relação a estas.

§ 4º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

§ 5º Quando indisponível o bem jurídico, as partes poderão ajustar-se sobre o modo de cumprimento da obrigação.

§ 6º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento do valor da causa ou da vantagem econômica objetivada, revertida em favor da União ou do Estado.

§ 7º As partes deverão se fazer acompanhar de seus advogados ou defensores públicos.

§ 8º A parte poderá fazer-se representar por preposto, devidamente credenciado, com poderes para transigir.

§ 9º Obtido, o acordo, será reduzido a termo e homologado por sentença”.

Finalmente, em relação ao prazo para a contestação, o projeto foi alterado, passando a ter a seguinte redação:

#### “CAPÍTULO VI

#### DA CONTESTAÇÃO

Art. 324. O réu poderá oferecer contestação por petição, no prazo de quinze dias contados da audiência de conciliação ou da última sessão de conciliação ou mediação.”

Suprimiram-se os dois parágrafos do dispositivo que dispunham a respeito da contagem do prazo para as hipóteses em que a audiência de conciliação não se realizasse.

Cabe, ainda, ressaltar que, na audiência de instrução, abre-se ao juiz nova oportunidade de conciliação, bem como a possibilidade de encaminhar as partes para outros meios adequados de solução de conflitos. É a seguinte a redação dada à matéria pelo substitutivo do IBDP:

#### “CAPÍTULO X

#### DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

Art. 344. No dia e na hora designados, o juiz declarará aberta a audiência e mandará apregoar as partes e os respectivos advogados, bem como outras pessoas que dela devam participar.

§ 1º Logo após a instalação da audiência, o juiz tentará conciliar as partes, sem prejuízo de encaminhamento para outras formas adequadas de solução de conflitos, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro.

§ 2º A avaliação neutra de terceiro, de confiança das partes, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, tendo por finalidade exclusiva orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§ 3º Obtido, o acordo será homologado por sentença.

.....”

E, finalmente, cabe lembrar o instituto da produção antecipada de prova fora das hipóteses de urgência (art. 367, II), estruturado para induzir as partes à conciliação e a outros meios adequados de solução de conflitos.

6 - Pode-se concluir afirmando que, se aprovadas as propostas acima elencadas, a conciliação e a mediação judiciais sairão fortalecidas e adequadamente tratadas e, sobretudo, capazes de instituir no país uma nova mentalidade, que substitua a cultura do litígio pela do consenso.





# O recurso especial no novo Código de Processo Civil

Alexandre Reis Siqueira Freire

## Sumário

1. Considerações iniciais. 2. Previsão constitucional do recurso especial. 3. Competência para o juízo de admissibilidade. 3.1. Juízo de admissibilidade. 4. Procedimento do recurso especial no PLS n. 166/2010. 5. Efeitos do recurso especial.

### *1. Considerações iniciais*

No último quartel, o Código de Processo Civil vigente passou por inúmeras alterações no sistema recursal. Percebe-se que, dos mais de setenta artigos que tratam dos recursos cíveis, apenas pouco mais de 23 restaram inalterados, importando, assim, no percentual aproximado de 67% de modificação no regramento deste meio de impugnação.

Essas mudanças sempre objetivaram imprimir maior efetividade e celeridade ao processo, mas não foram suficientes para conter o número elevado de feitos nos tribunais, muitos menos reduzir o tempo do processo.

Os problemas decorrentes da prodigalidade do sistema recursal e o impacto nocivo do seu manejo no comprometimento adicional da capacidade de funcionamento do Poder Judiciário não passaram despercebidos pela Comissão de elaboração do novo Código de Processo Civil.

Neste sentido, com o objetivo de minimizar o tempo do processo e impedir a

Alexandre Reis Siqueira Freire é Mestre e Pós-graduado em Direito pela UFPR. Research Fellow na Columbia University -NYC/EUA. Coordenador do Curso de Direito da UFMA. Tutor do Núcleo de Direito Processual Contemporâneo-NPC/UFMA/CNPq. Pesquisador CNPq.

sobrecarga de feito nos tribunais, o novo Código de Processo Civil inova o sistema recursal ao inadmitir a impugnação em separado de decisões interlocutórias que não versarem sobre tutela de urgência, tutela de evidência, decisões interlocutórias sobre matéria de mérito (sentença liminar). Destarte, o recorrente impugnar os atos judiciais interlocutórios tão somente em preliminar de recurso de apelação interposto da sentença.

De acordo com o Presidente da Comissão de elaboração do anteprojeto do novo Código de Direito Processual Civil, ministro Luiz Fux, a regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias trará maior celeridade ao processo, assim como o faz no processo trabalhista desde seu nascedouro.

Destaque-se também que o projeto de Lei n. 166/2010 suprimiu os embargos infringentes e inverteu a regra da suspensividade dos recursos, restando apenas a possibilidade de concessão deste efeito por ato judicial. Essa medida, notadamente, possui a finalidade de imprimir maior efetividade ao processo, vez que o efeito suspensivo prorroga o estado de ineficácia do julgado, impedindo, assim, a execução provisória da decisão recorrida. Outro ponto inovador indubitavelmente é a previsão da sucumbência recursal, pois certamente inibirá a interposição de recursos com manifesto propósito protelatório do desfecho do processo.

Percebe-se que não foram poucas as inovações processuais que impactaram a sistemática recursal. Porém, objetivando delimitar o objeto de investigação, opta-se, neste ensaio, pela análise das principais inovações a respeito do regramento do recurso especial no PLS n. 166/2010.

## *2. Previsão constitucional do recurso especial*

O recurso especial poderá ser interposto de acórdão exarado por tribunal nas hipóteses arroladas das alíneas *a*, *b* e *c* do artigo 105, III, da Constituição Federal de 1988.

De acordo com o art. 105, III, da Constituição Federal, compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

O recurso especial não se voltará apenas contra o acórdão que versar sobre matéria de mérito. Poderá, também, impugnar julgado que não apreciou o mérito da causa, a partir de interpretação de lei processual diversa daquela que lhe haja atribuído o acórdão emanado de outro tribunal.

## *3. Competência para o juízo de admissibilidade*

Dispõe o art. 983 do PLS n. 166/2010 que o recurso especial deverá ser interposto no tribunal recorrido. De acordo com o que dispuser o regimento interno, a competência recairá sob Presidência ou Vice-Presidência do tribunal, que realizará o juízo prévio de admissibilidade recursal. Diz-se prévio, pois o juízo definitivo de admissibilidade do recurso especial é da competência do Superior Tribunal de Justiça.

### *3.1. Juízo de admissibilidade*

O juízo de admissibilidade consiste na atividade de verificação da existência concorrente dos pressupostos extrínsecos e intrínsecos, para que se possa examinar o mérito do recurso.

Os pressupostos intrínsecos relacionam-se com a própria existência do direito de recorrer. Por sua vez, os pressupostos extrínsecos são os atinentes ao exercício daquele direito. (MOREIRA, 2010, p. 116).

Para os fins deste ensaio, analisar-se-á tão somente os pressupostos extrínsecos de admissibilidade do recurso espe-

cial, haja vista que não houve alteração de fundo em relação aos pressupostos intrínsecos de admissibilidade no PLS n. 166/2010.

#### *Pressupostos extrínsecos*

##### *Tempestividade*

Inexiste alteração substancial quanto a tempestividade do recurso especial. Portanto, o recurso especial deverá ser interposto no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da publicação do acórdão que se pretende impugnar, *ex vi* do § 1º do art. 948 c/c art. 957, inciso III, do PLS n. 166/2010. O prazo para interposição do recurso especial poderá ser interrompido se da decisão recorrida se opuser embargos de declaração.

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a interposição do recurso especial, antes da oposição dos embargos de declaração, obriga o recorrente a renovar a apresentação das razões recursais após a publicação do acórdão embargado, sob pena de não se conhecer do recurso excepcional.

Então é imperioso o aguardo da publicação da decisão que julgar os embargos de declaração para então se manejar o recurso especial.

##### *Preparo no recurso especial*

Preparo consiste no pagamento anterior das despesas relativas ao processamento do recurso demonstrado no ato de interposição do recurso. O não recolhimento das despesas implicará a aplicação de sanção de deserção.

De acordo com o artigo 112 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, não serão devidas custas nos processos de sua competência originária ou recursal. Portanto, não se exige o pagamento das custas no caso de recurso especial. Porém, exige-se a demonstração do pagamento do porte de remessa e retorno, pois o conceito de custas não inclui essas despesas, que são aquelas relacionadas com o traslado dos autos do tribunal de

origem ao Superior Tribunal de Justiça e, após o julgamento, encaminhamento para o tribunal recorrido.

Essa matéria foi assentada no enunciado n. 187 da súmula da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

Enunciado 187: é deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça, quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos.

O PLS n. 166/2010 disciplina a matéria nos seguintes termos. Observe-se:

Art. 961. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção, observado o seguinte:

[...]

II - a insuficiência no valor do preparo implicará deserção, se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de cinco dias.

O PLS n. 166/2010 não impõe alterações neste tema.

##### *Regularidade formal*

Este pressuposto impõe ao recorrente a observância de formalidades exigidas pela legislação de regência para a formalização de determinado recurso.

De acordo com Barbosa Moreira, "como os atos processuais em geral, a interposição de recurso deve observar determinados preceitos de forma. São variáveis, no sistema do Código de Processo Civil, as formalidades prescritas para os diferentes recursos. Às vezes, descreve a lei com certa riqueza de pormenores as características de que se tem de revestir o ato de interposição[...]; noutros casos, as indicações são mais sucintas." (1968, p. 103)

O PLS n. 166/2010 descreve no art. 983 as exigências formais para o recurso especial. Observe-se:

Art. 983. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição da República, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão:

I – a exposição do fato e do direito;

II – a demonstração do cabimento do recurso interposto;

III – as razões do pedido de reforma da decisão recorrida.

§ 1º Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia ou citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na Internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

Destaque-se que o PLS n. 166/2010 prevê, no § 2º do art. 983, regra que afasta os artifícios da jurisprudência defensiva do Superior Tribunal de Justiça que impõem ao recurso especial restrições ilegítimas à sua admissibilidade, com base, entre outros argumentos, na negativa de seguimento pelo não atendimento de diminutas formalidades, como, por exemplo, não estarem assinadas as razões recursais.

Em relação a imposições ilegítimas para o conhecimento do recurso especial, Garcia Medina lembra também que “a jurisprudência vinha exigindo, a despeito da inexistência de previsão expressa na redação anterior do § 1º do art. 544 do CPC, a juntada da cópia do comprovante de recolhimento do porte de remessa e retorno do recurso especial, no ato de interposição do agravo. [...] Tal exigência torna-se descabida na nova sistemática do agravo previsto no art. 544, pelo fato de o comprovante de recolhimento do porte de remessa e retorno encontrar-se nos autos”. (2011, p. 636)

Art. 983. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição da República, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão:

[...]

§ 2º Quando o recurso tempestivo contiver defeito formal que não se repute grave, o Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal poderão desconsiderar o vício, ou mandar saná-lo, julgando o mérito.

Esta inovação é um alento para os jurisdicionados, pois corrigirá o formalismo excessivo da Cortes Superiores que, sem amparo legal, ao inadmitirem recursos, deixam de prestar a tutela justa e efetiva que se espera do Poder Judiciário.

#### *Pressupostos especiais de admissibilidade*

##### *Decisão proferida por tribunal*

O recurso especial será interposto de decisão proferida por tribunal. Não se interporá recurso especial do julgado proferido pelas turmas recursais nos juizados especiais cíveis.

O Superior Tribunal de Justiça editou enunciado sumular em relação ao recurso especial manejado contra decisão exarada por turmas recursais. Veja-se:

Enunciado 203: não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos juizados especiais.

Essa restrição se estende às decisões proferidas em embargos infringentes interpostos da sentença proferida nos processos regidos pela Lei n. 6830/1980.

##### *Necessidade de exaurir instâncias*

Para o manejo do recurso especial, é indispensável que o recorrente esgote as instâncias possíveis.

Esta regra decorre da exigência expressa no texto constitucional, que apenas autoriza a interposição do recurso especial para impugnar decisões proferidas em última ou

única instância pelos Tribunais Regionais Federais, Tribunais dos Estados ou Tribunal do Distrito Federal e Territórios. Nesse sentido, é imprescindível que o julgado alvejado seja definitivo.

Diante desta exigência constitucional, não cabe recurso especial do julgado unipessoal fundado no artigo 888, incisos II e III, do PLS n. 166/2010, vez que a decisão ainda admite interposição de agravo interno, nos termos do art. 975 do referido projeto.

Art. 888. Incumbe ao relator:

I - dirigir e ordenar o processo no tribunal;

II - apreciar o pedido de tutela de urgência ou da evidência nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal;

III - negar seguimento a recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão ou sentença recorrida;

IV - negar provimento a recurso que contrariar:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

V - dar provimento ao recurso se a decisão recorrida contrariar:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

De acordo com o Código de Processo Civil vigente, havendo acórdão impugnado mediante embargos infringentes, impõe-se ao recorrente interpô-lo antes de se valer do recurso especial, sob pena de não se conhecer deste último.

O Superior Tribunal de Justiça editou enunciado sumular a respeito. Confira-se:

Enunciado 207: é inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem.

Essa exigência acarreta retardo na prestação da tutela jurisdicional. Partindo-se de estudos estatísticos do Conselho Nacional de Justiça, que atestavam o reduzido número de provimentos deste recurso, a Comissão encarregada de elaborar o anteprojeto de lei - convertido no PLS n. 166/2010 - optou por eliminá-lo do ordenamento jurídico.

Desta forma, o recorrente poderá interpor o recurso especial após a publicação das conclusões do acórdão impugnado, caso não haja oposição de embargos de declaração, abrindo-se, assim, imediatamente, as vias de acesso ao Superior Tribunal de Justiça.

#### *Prequestionamento*

É exigência da rubrica constitucional *causas decididas*, inserta no inciso III do art. 105 da Constituição Federal, que a matéria versada no recurso especial tenha sido debatida no acórdão impugnado.

Para Bruno Dantas (2010, p. 175), “o âmbito dos recursos excepcionais, o pressuposto constitucional de que as causas tenham efetivamente sido decididas quer significar que o ponto sobre o qual o recorrente deseja que o STJ ou o STF se pronuncie deve estar contido no bojo da decisão recorrida.”

Essa regra não demanda a menção expressa do dispositivo legal, vez que o Superior Tribunal de Justiça tem admitido tão somente o debate da matéria como condição imprescindível para se preencher o pressuposto do prequestionamento.

Porém, se o dispositivo é invocado, mas o tribunal não enfrenta a matéria, caberá ao recorrente a oposição dos embargos de declaração.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento assentado de que, a despeito da oposição dos aclaratórios pela parte, não sendo conhecido o recurso, não se tem a causa como decidida. Veja-se:

Enunciado 211: inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.

Nessa situação, deverá o recorrente manejar o recurso especial apenas para que a Corte Superior, anulando o julgamento, determine ao tribunal recorrido que profira outro julgamento, enfrentando a matéria agitada pelo recorrente.

Percebe-se que esse entendimento acarreta sucessivos recursos que ocupam desnecessariamente a pauta do Poder Judiciário. O PLS n. 166/2010 ataca esse problema ao dispor:

Art. 979. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante pleiteou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração não sejam admitidos, caso o tribunal superior considere existentes omissão, contradição ou obscuridade.

Essa regra consubstancia claramente o propósito de imprimir maior efetividade e celeridade ao processo civil, e propiciar a redução significativa do número de efeitos analisados pelo Superior Tribunal de Justiça.

#### 4. Procedimento do recurso especial no PLS n. 166/2010

Os artigos 983 e seguintes do PLS n. 166/2010 versam a respeito do procedimento do recurso especial. O recurso especial será interposto perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido me-

diante petição protocolada em sua secretaria, e conterà: I – a exposição do fato e do direito; II – a demonstração do cabimento do recurso interposto; III – as razões do pedido de reforma da decisão recorrida.

Depois das providências necessárias, o recorrido será intimado, abrindo-se-lhe a vista, para apresentar contrarrazões, no prazo de 10 dias. Transcorrido o prazo, serão os autos conclusos para admissão ou não do recurso, no prazo de quinze dias, em decisão fundamentada.

É possível a interposição de recurso especial adesivo quando houver sucumbência recíproca e apenas uma das partes interpuser recurso especial, nos termos do que dispõe o inciso I do art. 951 do PLS n. 166/2010. Neste caso, o prazo começará a fluir na data das contrarrazões. Excetua-se esta regra para aqueles que possuem prerrogativa legal de prazo em dobro para recorrer, aplicando-se, assim, o prazo especial.

Interposto o recurso especial adesivo, deve-se intimar o recorrido para ofertar contrarrazões ao recurso adesivo, assim como sucede com o recurso principal.

Em decisão fundamentada, o Presidente ou Vice-Presidente fará o juízo de admissibilidade do recurso, que se restringe a verificação dos pressupostos extrínsecos e intrínsecos não podendo analisar a questão de mérito do recurso.

Da decisão que inadmitir o recurso especial, caberá, *ex vi* do art. 996 do PLS n. 166/2010, agravo de inadmissão, no prazo de 15 dias, para o Superior Tribunal de Justiça.

Presentes os pressupostos, admite-se o recurso especial. Independentemente de interposição conjunta com recurso extraordinário, o recurso especial será enviado para o Superior Tribunal de Justiça. Nesta etapa, o relator fará novo exame de admissibilidade. Presentes os requisitos de admissibilidade, o relator poderá decidir unipessoalmente, com base no art. 888, incisos IV e V do PLS n. 166/2010.



Desta decisão caberá agravo interno, no prazo de 15 dias, para o respectivo órgão fracionário. Não se tratando, porém, de julgamento monocrático, o recurso será julgado pelo órgão colegiado competente, nos termos que dispuser o regimento interno da Corte.

### 5. Efeitos do recurso especial

O recurso especial tem efeito obstativo, pois, uma vez interposto, obsta a formação da coisa julgada formal, impedindo, assim, a preclusão da discussão a respeito dos capítulos do acórdão efetivamente impugnados.

Na hipótese de julgamento por amostragem, o recurso especial terá efeito regressivo. De acordo com este efeito, poderá o órgão julgador da decisão atacada examinar o recurso.

Pela regra do art. 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973, o recurso especial tem efeito regressivo, pois o tribunal de origem poderá reconsiderar a decisão impugnada nas hipóteses previstas no art. 543-C.

Art. 543-C. quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 1º caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

§ 2º não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância,

dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

[...]

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

[...]

II – serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça;

O texto originário do PLS 166/2010 não previa a possibilidade de retratação, haja vista que, naquela versão, art. 957, inciso II, a decisão proferida em recurso repetitivo teria força cogente, e os tribunais recorridos deveriam acatar o comando inserto no acórdão do Superior Tribunal de Justiça, não se tratando, assim, de retração, mas de obediência ao julgado que fixasse a tese. Veja-se:

Art. 957. Publicado o acórdão, os recursos sobrestados na origem:

I – não terão seguimento se o acórdão recorrido coincidir com a orientação da instância superior; ou

II – serão novamente julgados pelo tribunal de origem, observando-se a tese firmada, independentemente de juízo de admissibilidade, na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação da instância superior.

Porém, essa arrojada inovação proposta pela comissão de elaboração do anteprojeto foi objeto de revisão, na fase de discussão do PLS n. 166/2010 no Senado Federal, optando aquela casa pela regra vigente no Código de Processo Civil de 1973.

Art. 990. Sempre que houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso extraordinário ou o recurso especial será processado nos termos deste artigo, observado o disposto no regimento interno do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.



Art. 991. Caberá ao presidente do tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça independentemente de juízo de admissibilidade, ficando suspensos os demais recursos até o pronunciamento definitivo do tribunal superior.

§ 1º Não adotada a providência descrita no *caput*, o relator, no tribunal superior, ao identificar que sobre a questão de direito já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 2º Na decisão de afetação, o relator deverá identificar com precisão a matéria a ser levada a julgamento, ficando vedado, ao Tribunal, a extensão a outros temas não identificados na referida decisão.

§ 3º Os processos em que se discute idêntica controvérsia de direito e que estiverem em primeiro grau de jurisdição ficam suspensos por período não superior a doze meses, salvo decisão fundamentada do relator.

§ 4º Ficam também suspensos, no tribunal superior e nos de segundo grau de jurisdição, os recursos que versem sobre idêntica controvérsia, até a decisão do recurso representativo da controvérsia.

Art. 993. Decidido o recurso representativo da controvérsia, os órgãos fracionários declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese.

Art. 994. Publicado o acórdão paradigma:

I – os recursos sobrestados na origem não terão seguimento se o acórdão recorrido coincidir com a orientação da instância superior; ou

II – o tribunal de origem reapreciará o recurso julgado, observando-se a tese firmada, independentemente de juízo de admissibilidade do recurso especial ou extraordinário, na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação da instância superior.

§ 1º Mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial ou extraordinário.

§ 2º Reformado o acórdão, se for o caso, o tribunal de origem decidirá as demais questões antes não decididas e que o enfrentamento se torne necessário em decorrência da reforma.

De acordo com o art. 949 do PLS n. 166/2010, o recurso especial não terá efeito suspensivo.

Efeito suspensivo é expressão equívoca. Tem-se, em verdade, tão somente, desde a impugnação do julgado mediante recurso recebido naquele efeito, a prorrogação do estado de ineficácia da decisão.

O efeito suspensivo poderá ser *ope legis* ou *ope judicis*.

Efeito suspensivo *ope legis* funda-se em expressa previsão legal. Por sua vez, o efeito *ope judicis* ocorre quando o julgador, no exercício do seu poder-dever, concede medida de urgência para obstar a propagação dos efeitos normais da decisão recorrida.

O recurso especial não tem efeito suspensivo, nos termos do que dispõe o art. 497 do Código de Processo Civil de 1973.

Art. 497. O recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença.

Porém, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido, excepcionalmente, a concessão deste efeito quando a execução do acórdão atacado acarretar dano grave e de difícil reparação para o recorrente, mediante o manejo da medida cautelar, *ex vi* do que dispõe o art. 800 do Código de Processo Civil de 1973.

O PLS 166/2010 inverte a regra do efeito suspensivo para os recursos. Destarte, as decisões impugnadas através desta técnica

processual poderão ser executadas provisoriamente, proporcionando, assim, maior celeridade e efetividade à tutela jurisdicional prestada ao cidadão.

Essa novidade não impede, todavia, a concessão de medida de urgência, sempre que o recorrente demonstrar, de forma fundamentada, a ocorrência de situação fática bastante a acarretar dano de difícil ou de incerta reparação.

É o que se depreende da exegese do art. 267, parágrafo único, do PLS 166/2010. Veja-se:

Art. 276. A tutela de urgência será concedida quando forem demonstrados elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como o risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Parágrafo único. Na concessão liminar da tutela de urgência, o juiz poderá exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer, ressalvada a impossibilidade da parte economicamente hipossuficiente.

O recorrente deverá requerer a tutela de urgência perante o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal recorrido, quando o recurso pender de admissibilidade na origem. Porém, se o recurso foi admitido e remetido para juízo *ad quem*, o pedido de tutela de urgência será formulado no tribunal superior, nos termos do que dispõem os enunciados da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal.

Enunciado 634: Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem.

Enunciado 635: Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça tem abrandado esse entendimento, reco-

nhecendo sua competência para apreciar o pedido de tutela de urgência antes mesmo de realizado o juízo prévio de admissibilidade do recurso especial perante o tribunal recorrido, afastando, por consequência os enunciados 634 e 635 do Supremo Tribunal Federal.

O recurso especial será recebido no efeito devolutivo. Esse efeito é a revelação do princípio dispositivo. Isso significa que o órgão competente apenas apreciará matéria efetivamente impugnada pelo recorrente.

De acordo com Medina e Wambier (2011, p.109), “o efeito devolutivo é aquele em virtude do qual o conhecimento da matéria é devolvido ao órgão julgante, seja superior àquele do qual emanou a decisão, seja ao próprio prolator da decisão”

Destaque-se que somente o mérito do recurso compõe o efeito devolutivo, não lhe tocando, assim, as questões afetas à admissibilidade do recurso, haja vista que admissibilidade é matéria de ordem pública a ser conhecida de ofício pelo Poder Judiciário.

O recurso especial é recurso de fundamentação vinculada. Portanto, o recorrente poderá alegar apenas as matérias previstas nas alíneas do art. 105, III, da Constituição Federal.

Neste sentido Medina e Wambier (2011, p. 112) afirmam que “em relação aos recursos cujos possíveis fundamentos são delimitados pela lei, o efeito devolutivo também se manifesta, mas vincula-se à natureza do recurso, ocorrendo de forma diferente. É que, por se ter seu âmbito de cabimento limitado a certas questões, tais recursos, em regra, não são aptos a devolverem ao juízo *ad quem* toda e qualquer matéria que venha ser delimitada pelo recorrente, no recurso, dentre aquelas debatidas na decisão recorrida.”

É forçoso assinalar que o efeito devolutivo no recurso especial é limitado. Restringe-se, quanto à extensão, à matéria infraconstitucional federal e, quanto à profundidade, às questões analisadas pelo tribunal recorrido.

O Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a possibilidade de efeito translativo no recurso especial desde que admitido. Dessa forma assentou entendimento que nulidades suscitadas em sede especial, ausência de pressupostos processuais, condições da ação entre outras matérias de ordem pública podem ser conhecidas de ofício. Porém, o enfrentamento dessas matérias só será realizado se o tema tiver sido devidamente ventilado e debatido no tribunal recorrido.

De acordo com o PLS n. 166/2010, a matéria de ordem pública não suscitada apenas poderá ser decidida após a devida intimação das partes a respeito desta possibilidade. Por fim, entende-se que esta regra aplicar-se-á em todo grau de jurisdição. Portanto, a condição para que se manifeste

o efeito translativo será a prévia intimação da partes envolvidas, evitando, assim, surpresas no processo.

### Referências

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968.

\_\_\_\_\_. *O novo processo civil brasileiro*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

# O agravo de instrumento contra decisões que versam sobre o mérito da causa

Arnoldo Camanho de Assis

## Sumário

1. O agravo de instrumento no sistema recursal em vigor. 1.2. Conversão obrigatória do agravo de instrumento em agravo retido. 2. A irrecorribilidade das decisões interlocutórias no novo sistema. 3. A regra e as exceções. 4. As decisões que versam sobre o mérito da causa. 5. Conclusões.

### *1. O agravo de instrumento no sistema recursal em vigor*

Na sistemática recursal em vigor, especialmente a partir do advento das Leis nºs 11.187/05, 11.232/05 e 12.322/10, as decisões interlocutórias passaram a ser objetáveis, como regra geral, pela via do agravo retido. Somente em cinco hipóteses excepcionais o ordenamento jurídico-processual admite a interposição de agravo sob a forma de instrumento. São elas:

I) quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação (art. 522, *caput*, do CPC);

II) quando for inadmitida a apelação (art. 522, *caput*, do CPC);

III) contra a decisão relativa aos efeitos em que a apelação é recebida (art. 522, *caput*, do CPC);

IV) contra a decisão proferida na liquidação (art. 475-H, do CPC); e

V) contra a decisão que resolver a impugnação ao cumprimento da sentença,

Arnoldo Camanho de Assis é Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília, onde cursou o Mestrado em Direito e Estado. Pós-Graduado pela Academia de Direito Internacional de Haia, na Holanda, e pela Universidade de Coimbra, em Portugal. Professor de Direito Processual Civil na Escola da Magistratura do Distrito Federal e no Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Coordenador da Pós-Graduação em Direito Processual Civil nos cursos ministrados pela Universidade Candido Mendes / ATAME em Brasília, Goiânia e Cuiabá. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

salvo quando importar em extinção da execução, caso em que o recurso cabível é o de apelação (art. 475-L, § 3º, do CPC).

Havia ainda mais uma possibilidade, que era a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que não admitisse o recurso extraordinário ou o recurso especial (art. 544, *caput*, do CPC). Essa hipótese, entretanto, restou suprimida a partir do advento da Lei nº 12.322/10, que passou a dispor ser cabível agravo nos próprios autos – retido, portanto – contra esse tipo de decisão.

Isso significa, em outras palavras, que as decisões interlocutórias são passíveis de recurso, mas a regra é o recurso de agravo retido nos autos. O agravo de instrumento será, sempre, exceção a essa regra.

O que ocorre, nos dias atuais, entretanto, é que, apesar das restrições impostas pelo sistema, os agravos de instrumento continuam a proliferar. Isso porque, quando não é possível tipificar alguma das situações objetivamente previstas em lei para a hipótese de cabimento do agravo sob a forma de instrumento, os recorrentes procuram conceituar a decisão que pretendem submeter à superior instância como passível de lhes causar lesão grave e de difícil reparação.

### 1.2. Conversão obrigatória do agravo de instrumento em agravo retido

Exige-se, do relator do agravo, assim, que tenha prudente cautela ao analisar a petição do agravo, na medida em que, constatando que o recurso não se amolda a qualquer das situações previstas na lei processual para o cabimento do agravo sob a forma de instrumento, haverá de converter, obrigatoriamente, o agravo de instrumento em agravo retido. Aliás, sobre a obrigatoriedade – e não mais opção – de o relator converter o agravo de instrumento em agravo retido, destacamos, em outra ocasião, *litteris* (ASSIS, 2006):

“A Lei nº 11.187/05 reiterou a existência de duas espécies de agravo – o agravo de instrumento e o agravo

retido – e fixou que a regra é o agravo em sua forma retida, permitindo excepcionalmente a interposição de agravo de instrumento ‘quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida’. Além disso, alterou substancialmente os limites da discricionariedade deferida ao Relator, passando a lhe impor que, ao verificar que o agravo de instrumento não se enquadra nas exceções à regra geral, o converta em agravo retido.

Assim, já não há mais a opção, que antes se dava ao agravante, de escolher entre os dois tipos de agravo: o agravo de instrumento e o agravo retido. Isso não ocorre mais. Agora o recurso deve ser interposto em sua forma retida como regra, permitindo-se excepcionalmente sua interposição por instrumento nas hipóteses ressalvadas pela nova redação do art. 522, do CPC.

Cabe ao Relator do agravo de instrumento, pois, e monocraticamente, aferir se o caso levado à sua apreciação se amolda ou não às exceções do *caput* do art. 522, do CPC, avaliando *in concreto* se a decisão resistida é passível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, ou, além disso, verificando se se trata de caso em que a inteligência singular negou seguimento à apelação ou aos efeitos em que o apelo foi recebido.

Fora os casos de apreciação meramente objetiva referentes à inadmissão do recurso de apelação e aos efeitos em que recebido o apelo – em que, de modo singelo, basta ao Relator ler a decisão agravada para concluir se está diante de alguma das previsões legais de cabimento de agravo de instrumento –, o outro caso refere-se ao

*periculum in mora*, a partir da fórmula ‘decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação’.

Sobre esse ponto, diga-se que o egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal já decidiu que, em sede de agravo de instrumento, o perigo a justificar a imediata atuação jurisdicional por força de concessão de efeito suspensivo ou de antecipação da pretensão recursal (o antigo ‘efeito suspensivo ativo’) deve ser ‘explicitamente narrado pelo autor, não sendo dado ao juiz extrair a potencialidade do dano das entrelinhas da petição inicial, nem apoiar-se em fatos ali não tratados’ (TJDF, AGR no AGI nº 2002.00.2.004774-1, DJ de 13/11/02, pág. 112). Assim, se as afirmações do agravante são feitas isoladamente e sem apoio em evidências fáticas que apontem efetivamente na direção de que tais assertivas possam vir a concretizar-se, é porque se situam no plano etéreo das meras conjecturas. E, em sendo assim, com rigor técnico e cartesiano, desservem à configuração da potencialidade do risco temido que mereça ser obstado por provimento jurisdicional positivo imediato. Em tais hipóteses, não há como proclamar que o caso narrado no recurso seja passível de classificar-se entre aqueles que possam ‘causar à parte lesão grave e de difícil reparação’, de que cuida o art. 522, do CPC.

Muito bem. Se o Relator do recurso de agravo reconhece que a decisão vergastada é suscetível de causar à parte recorrente lesão grave e de difícil reparação, haverá de deferir o efeito suspensivo pretendido ou, então, deverá antecipar a pretensão recursal<sup>1</sup>. E, aí, o recurso será admi-

tido a processamento como agravo de instrumento. Reitere-se que a concessão antecipada da tutela recursal por decisão monocrática do Relator é medida extrema e excepcional, somente sendo possível falar em antecipação do resultado do julgamento do recurso quando houver causa suficiente e eficiente a demonstrar, de modo claro e inequívoco, a imperiosa necessidade da antecipação. Do contrário, há de se preservar o rigor procedimental e a sucessão das fases do processamento do recurso, tudo em homenagem ao princípio do ‘due process of law’ (Constituição da República, art. 5º, inciso LIV), até para que se alcance o ideal de legitimação pelo procedimento que, por força de querer constitucional, inspira o Processo Civil pátrio.

Por outro lado, e à luz da nova sistemática, se o Relator proclama que a decisão resistida não se caracteriza como potencialmente causadora de lesão grave e de difícil reparação, tal proclamação traz, como consequência lógica e inarredável, a impossibilidade de autorizar o processamento do agravo de instrumento. É que, como se disse, a regra, agora, é que o recurso de agravo será interposto em sua forma retida, ‘salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida’.

Assim, e uma vez tendo ficado claro que a decisão agravada não é daquelas capazes de causar à parte ‘lesão grave e de difícil reparação’, então não só descabe admitir o agravo por instrumento como, além disso, o Relator deverá convertê-lo em agravo retido. A esse respeito, ressalte-se que, ao contrário do que

<sup>1</sup> Sem esquecer, claro, a necessidade de conjugar o *periculum in mora* com a presença dos requisitos da relevância da fundamentação ou da verossimilhança, conforme o caso, para a concessão do efeito suspensivo ou para a antecipação da pretensão recursal.



antes ocorria, não mais se permite ao Relator que, a seu talante, escolha por converter, ou não, o agravo de instrumento em agravo retido, como se dava na vigência do texto legal revogado<sup>2</sup>. A Lei nº 11.187/05, ao reformar o art. 527, inciso II, do CPC, passou a impor ao Julgador que, obrigatoriamente, converta o agravo de instrumento em agravo retido, menos nas hipóteses anteriormente citadas<sup>3</sup>. O tom imperativo utilizado no texto ('... converterá...'), em claro descompasso com a opção que antes se abria ao Relator ('... poderá converter...'), não lhe deixa qualquer margem de discricionariedade. Isto é, não sendo caso suscetível de causar à parte lesão grave ou de difícil reparação, o Relator não tem outra alternativa a não ser converter, *ex vi legis*, o agravo de instrumento em agravo retido<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Eis o texto do dispositivo revogado, *litteris*: "Art. 527, inc. I, CPC: Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator: (...) II - poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido (...)" (grifou-se).

<sup>3</sup> O novo texto tem a seguinte redação, *verbis*: "Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator: (...) II - converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa; (...)" (grifou-se).

<sup>4</sup> Sem prejuízo de toda a argumentação ora expendida, não se deve desconsiderar a possibilidade de o Relator, ao proclamar que o caso não é daqueles capazes de causar lesão grave e de difícil reparação, tomar providência mais "drástica", qual seja a de negar seguimento ao recurso de agravo (art. 557, do CPC) — em vez de convertê-lo em agravo retido —, quando o recorrente não tiver interesse em recorrer, como se dá, por exemplo, na decisão que analisa as condições de ação e as proclama presentes. Como se sabe, tal matéria é de ordem pública (arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, ambos do CPC), daí por que pode ser reapreciada *ex officio* na sentença e, bem assim, no segundo grau de jurisdição. No exemplo citado, o agravo não é nem útil, nem necessário, por isso que nada justifica fique retido nos autos, uma vez que tal providência não terá qualquer alcance prático.

Em outras palavras, o reconhecimento de que a decisão resistida não é daquelas capazes de causar à parte recorrente lesão grave e de difícil reparação é incompatível com a determinação pelo processamento do agravo de instrumento. Assim, visualiza-se claro *error in procedendo* na decisão monocrática do Relator que, a um só tempo, indefere o efeito suspensivo ou a antecipação da tutela recursal por ausência de *periculum in mora* e, apesar disso, manda intimar o agravado para responder ao agravo de instrumento.

Não há dúvida em afirmar que a nova sistemática do agravo pretendeu dar inegável prestígio às decisões interlocutórias, em primeiro e em segundo grau de jurisdição. No juízo singular, porque restringiu as hipóteses de subida do agravo sob a forma de instrumento; na instância revisora, porque afirmou que a decisão monocrática do Relator não é passível de agravo interno, devendo ser revista, se o caso, ao ensejo do julgamento do agravo, salvo se o Relator a reconsiderar (art. 527, parágrafo único, do CPC). A mudança é positiva e tende a permitir a fluência do curso processual sem as interrupções que a interposição de recursos contra as decisões interlocutórias costuma causar. Resta torcer para que o sistema absorva rapidamente o novo paradigma e que não se ressuscite a velha prática de se impetrar mandado de segurança para obter aquilo que no agravo não era possível alcançar".

## 2. A irrecorribilidade das decisões interlocutórias no novo sistema

Uma vez exposta a situação atual, deve-se louvar uma das grandes inovações trazidas no Projeto do Código de Processo Civil (CPC), já de acordo com a redação

final aprovada no Senado Federal (PLS nº 166/2010), que é a irrecurribilidade das decisões interlocutórias.

O art. 963, parágrafo único, do Projeto estabelece que “as questões resolvidas na fase cognitiva, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não ficam cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões”. Por meio de tal fórmula, vislumbra-se a pretensão de tornar o processo mais ágil e menos truncado, evitando-se, só com isso, as paralisações que podem ocorrer – e que ocorrem hoje – a partir da interposição de agravos de instrumento contra as decisões interlocutórias.

Eis, então, a regra estabelecida: as questões resolvidas por meio de decisões intermediárias não ficam forradas pela preclusão, daí por que não há necessidade, nem utilidade, na interposição de agravo de instrumento contra elas. Essas questões podem voltar a ser apreciadas pelo tribunal desde que haja provocação da parte interessada, bastando, para tanto, requerer o reexame em preliminar no recurso de apelação que venha a ser interposto contra a decisão final, ou nas contrarrazões a esse recurso.

### 3. A regra e as exceções

Entretanto, e mesmo tornando regra a irrecurribilidade das interlocutórias, o Projeto estabelece algumas hipóteses em que é cabível agravo de instrumento. Na Exposição de Motivos do Anteprojeto apresentado ao Senado Federal, a Comissão de Reforma pronunciou-se do seguinte modo, *litteris*:

“Desapareceu o agravo retido, tendo, correlatamente, alterado-se o regime das preclusões [26]. Todas as decisões anteriores à sentença podem ser impugnadas na apelação. Ressalte-se que, na verdade, o que se modificou, nesse particular, foi exclusivamente o momento da impugnação, pois essas decisões, de que se recorria, no

sistema anterior, por meio de agravo retido, só eram mesmo alteradas ou mantidas quando o agravo era julgado, como preliminar de apelação. Com o novo regime, o momento de julgamento será o mesmo; não o da impugnação.

O agravo de instrumento ficou mantido para as hipóteses de concessão, ou não, de tutela de urgência; para as interlocutórias de mérito, para as interlocutórias proferidas na execução (e no cumprimento de sentença) e para todos os demais casos a respeito dos quais houver previsão legal expressa.”

A nota 26, referida no trecho transcrito, esclarece, *verbis*:

“[26] Essa alteração contempla uma das duas soluções que a doutrina processualista colocava em relação ao problema da recorribilidade das decisões interlocutórias. Nesse sentido: ‘Duas teses podem ser adotadas com vistas ao controle das decisões proferidas pelo juiz no decorrer do processo em primeira instância: ou, a) não se proporciona recurso algum e os litigantes poderão impugná-las somente com o recurso cabível contra o julgamento final, normalmente a apelação, caso estes em que não incidirá preclusão sobre tais questões, ou, b) é proporcionado recurso contra as decisões interlocutórias (tanto faz que o recurso suba incontinentemente ao órgão superior ou permaneça retido nos autos do processo) e ficarão preclusas as questões nelas solucionadas caso o interessado não recorra’ (ARAGÃO, E. M. Reforma processual: 10 anos, p. 210-211)”.

Fixadas essas premissas, cabe ressaltar que o legislador da reforma processual dispôs:

“Art. 969. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:



- I – tutelas de urgência ou da evidência;
- II – o mérito da causa;
- III – rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
- IV – o incidente de resolução de desconsideração da personalidade jurídica;
- V – a gratuidade de justiça;
- VI – a exibição ou posse de documento ou coisa;
- VII – exclusão de litisconsorte por ilegitimidade;
- VIII – a limitação de litisconsórcio;
- IX – a admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
- X – outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença, cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário”.

Como bem se vê, a fórmula continua a ser basicamente a mesma, ou seja, há hipóteses pré-definidas (“fechadas”) para o cabimento de agravo de instrumento, de natureza visivelmente objetiva – por exemplo, contra a decisão que dispôs sobre a limitação de litisconsórcio –, e uma hipótese que se pode chamar de “aberta” – a que permite a interposição de agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre o mérito da causa (Projeto, art. 969, inciso II).

#### *4. As decisões que versam sobre o mérito da causa*

Mas, o que deve ser entendido como “decisões interlocutórias que versarem sobre o mérito da causa”?

J. E. Carreira Alvim (2003, p. 121) aponta que “a antecipação da tutela é concedida (positiva) ou negada (negativa) através de decisão interlocutória”, daí por que, na dicção de Leandro Antonio Pamplona (2006),

seria “autêntica decisão interlocutória de mérito (ou substancial), diversa, no conteúdo, da que resolve simples questão processual”. Com efeito, esse tipo de decisão não versaria sobre matéria eminentemente processual, mas sobre o próprio conteúdo da pretensão deduzida na petição inicial, a ser entregue na sentença.

Conquanto seja correto afirmar, com os autores citados, que a decisão interlocutória que disponha sobre o pedido de antecipação de tutela culmina por enfrentar o mérito da causa, esse exemplo, contudo, não se prestaria para apontar o que, exatamente, seria uma “decisão interlocutória de mérito”, no contexto do agravo de instrumento no Projeto do Novo CPC, porque há previsão para o cabimento dessa espécie de recurso quando se tratar de decisão que verse sobre tutela de urgência ou tutela da evidência (art. 969, inciso I). Ora, se o legislador da reforma previu hipótese específica para a tutela da evidência, não se pode usar o exemplo da antecipação da tutela para tentar definir o que seja “decisão interlocutória de mérito”.

Barros Neto (2010) aponta que a decisão que resolve a liquidação de sentença tem conteúdo de mérito, lembrando, até mesmo, a possibilidade de ser objeto de rescisão. Na mesma linha, pode-se dizer que a decisão que resolve o incidente de impugnação à sentença também classifica-se como “decisão interlocutória de mérito”.

Mesmo assim, essas situações não se prestariam a exemplificar o que venha a ser “decisões interlocutórias que versarem sobre o mérito da causa”, no contexto das hipóteses de cabimento de agravo de instrumento, sobretudo porque o art. 969, parágrafo único, do Projeto já prevê a possibilidade de interposição desse tipo de recurso contra as decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença e no cumprimento de sentença. Se é, portanto, previsão específica, não se há de enquadrar os exemplos ora examinados no caso geral do inciso II do citado artigo.

Por idênticas razões, as decisões de mérito proferidas no curso do procedimento do inventário – por exemplo, o sobrestamento da entrega do quinhão que couber a herdeiro que tenha sua qualidade contestada (art. 613, § 3, do Projeto) – também não podem ser classificadas como “decisões que versarem sobre o mérito da causa”, já que essas hipóteses também foram destacadas no parágrafo único do art. 969 do Projeto.

Por outro lado, as decisões que dispõem sobre os meios de prova a serem produzidos na fase de instrução preparam o feito para a resolução de mérito, mas não versam, em princípio, sobre o mérito da causa.

A conclusão a que se chega, ao menos por ora, é no sentido de que é difícil enquadrar uma decisão no inciso II do art. 969 do Projeto do Novo CPC. O dia a dia da atividade judiciária, com sua dinâmica própria, haverá de lançar luzes sobre o tema, de modo a permitir exata tipificação sobre o que venham a ser “decisões que versarem sobre o mérito da causa”.

## 5. Conclusões

Por enquanto, espera-se que esse inciso não sirva como fundamento para permitir a indevida interposição de agravos de instrumento quando a parte recorrente não puder enquadrar a sua situação em alguma das outras hipóteses restritas de cabimento desse tipo de recurso.

Com efeito, é preciso ter em mente a exata noção de que regra é regra e exceção é exceção, de modo que, como visto, quando se trata de agravo de instrumento, a regra é a não recorribilidade das decisões

interlocutórias; o agravo de instrumento é a exceção (art. 696, do Projeto).

Por isso, se o Poder Judiciário passar a elasticar a regra, passando a permitir que qualquer situação – ainda que não se amolde às inteiras aos casos específicos – merece tratamento excepcional, admitindo que o agravo seja processado sob a forma de instrumento mesmo quando não esteja materializada qualquer das hipóteses previstas para esse fim, isso significa que terá passado a tratar a exceção como regra, importando, tal comportamento, no aumento irrefreável de agravos de instrumento em tramitação na segunda instância, que, a rigor, jamais poderiam ter sido admitidos a processamento. E, com toda a certeza, não terá sido essa a intenção reguladora do legislador histórico, ao elaborar o Projeto do Novo CPC.

## Referências

ALVIM, J.E. Carreira. *Código de Processo Civil Reformado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 121.

ASSIS, Arnaldo Camanho de. *Conversão Obrigatória do Agravo de Instrumento em Agravo Retido*, Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Belém, v. 18 n. 7 jul. 2006.

BARROS NETO, Geraldo Fonseca de; VANNUCCI, Rodolpho. Aspectos controvertidos da nova disciplina da liquidação da sentença. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2441, 8 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14461>>. Acesso em: 15 mar. 2010.

PAMPLONA, Leandro Antonio. Dos momentos para concessão da antecipação de tutela. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 9, n. 34, out. 2006. (publicado em 02/11/2006). Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1360](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1360)>. Acesso em: 13 maio 2011.



# Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo

Arruda Alvim

A filosofia do PLS 166/2010<sup>1</sup>, nas suas linhas mais gerais, é a seguinte: não se pretendeu fazer uma mudança radical ou brusca, até porque as mudanças radicais em direito geralmente não se justificam, e, se feitas, não geram resultados satisfatórios.

Procurou-se manter o que seria aproveitável do Código vigente, e incorporar novidades tendo em vista uma resposta mais atual aos problemas que afligem os operadores do direito.

Desde o art. 1º, o Projeto enfatiza o valor fundamental da Constituição, o que representa um enfoque contemporâneo da temática do direito. Valeu-se, portanto, da concepção de que os Códigos devem ser iluminados pelas Constituições.<sup>2</sup>

Além disso, da estrutura do Projeto extrai-se, em primeiro lugar, a intenção de imprimir-se maior *organicidade e simplicidade* à normativa processual civil e ao processo, com o objetivo de fazer com que o juiz deixe, na medida do possível, de se preocupar excessivamente com o processo, como se fosse um fim em si mesmo, *procurando deslocar o foco da atenção do julgador*

Arruda Alvim é Professor Livre Docente e Titular da PUC/SP. Fundador e diretor da Revista de Processo e autor de diversos livros, inclusive o Manual de Direito Processual Civil (14ª edição, 2011). Advogado.

<sup>1</sup> PLS significa Projeto de Lei do Senado.

<sup>2</sup> Sobre o tema da constitucionalização do processo e do direito em geral, cf. artigo de nossa autoria, denominado "Processo e Constituição", publicado em obra coletiva organizada por Bruno Dantas, Eliane Cruxên; Fernando Santos e Gustavo Ponce Leon Lago (2008, v. 3, p. 388-483).

para o direito material. Com isso, pretende-se descartar uma “processualidade excessiva”, desvinculada do objetivo primordial de solução do conflito pelo direito material.

Outro ponto importante a ser frisado é a extrema cautela do Projeto quanto à manutenção da *segurança jurídica* e da *estabilidade* da jurisprudência. Procurou-se, como se verá mais adiante, incentivar a *uniformidade* da jurisprudência e sua *estabilidade*, e, ao mesmo tempo, conferir maior rendimento (*i.e.*, efetividade) a cada processo, individualmente considerado.

Como se sabe, o Código de Processo Civil brasileiro vigente tem cinco livros.

O Livro I, intitulado “Do Processo de Conhecimento”, contém disposições correspondentes à parte geral, relativas a temas como jurisdição, ação, partes e procuradores, competência, atos processuais, tempo no processo, comunicação dos atos processuais etc. As normas que dizem respeito propriamente ao processo de conhecimento somente têm lugar após tais disposições gerais, embora sejam todas integrantes do mesmo Livro I. Tais normas incluem, além dos preceitos pertinentes ao procedimento comum – ordinário e sumário – em primeiro grau de jurisdição, a fase de cumprimento de sentença, e a disciplina da ordem dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação às decisões judiciais (recursos e ação rescisória). O Livro II do Código de Processo Civil cuida do “Processo de Execução”, suas espécies, e das defesas do executado; o Livro III, do “Processo Cautelar”, incluindo-se aí as medidas cautelares que podem ser conhecidas no bojo do processo de conhecimento (art. 798 e ss.); o Livro IV disciplina os “Procedimentos Especiais”, de jurisdição voluntária e contenciosa; finalmente, o Livro V contém as “Disposições Finais e Transitórias”.

O PLS 166/2010 (Projeto de Novo Código de Processo Civil) contém, igualmente, cinco livros, porém com distribuição diversa daquela contida no Código de Processo Civil vigente.

Do ponto de vista da organicidade, o Projeto aprimorou a divisão do Código de Processo Civil vigente, observando maior rigor técnico e metodológico. O PLS 166/2010 contém, no Livro I, uma “Parte Geral”, que atualmente se encontra embutida no Livro I do Código de Processo Civil vigente. Foram incluídas nesse livro, por exemplo, as matérias da competência, suspeição, impedimentos e o sistema de provas. Essa parte geral representa uma conquista técnica e, portanto, deve ser preservada e aprimorada.

No Livro II, o Projeto trata “Do Processo de Conhecimento” – incluídos os procedimentos comum e especiais – e da fase de cumprimento da sentença; no Livro III, disciplina a execução em suas diversas espécies, bem como as defesas do executado; no Livro IV, cuida dos “Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais”, no qual incluem-se temas como a ação rescisória, os recursos e assuntos afins; no Livro V, estão, afinal, as “Disposições Finais e Transitórias” .

Comparativamente com o Código de Processo Civil vigente, a sistematização afigura-se muito mais clara e simplificada, uma vez que: a) destina um livro específico do Código às normas que compõem a parte geral, conferindo-lhes abordagem correta do ponto de vista metodológico e ressaltando-lhes a importância; b) inclui os procedimentos especiais no livro que trata “Do Processo de Conhecimento”, porque aqueles se enquadram, rigorosamente, no âmbito deste; c) dedica um livro específico ao processo nos tribunais e aos meios de impugnação às decisões judiciais, cujas normas regentes, por suas peculiaridades, merecem ser tratadas de maneira apartada às atinentes ao procedimento em primeiro grau; e, por fim, d) deixa de atribuir natureza típica e procedimento específico a determinadas medidas de cunho cautelar, bem como de enquadrar as medidas cautelares no âmbito do “Processo Cautelar”, atualmente disciplinado em livro próprio

(Livro III do Código de Processo Civil), salvo a disciplina dos arts. 273 e 461; privi- legia, assim, a instrumentalidade da tutela de urgência (assim entendidas as medidas antecipatórias e acautelatórias), adequada- mente reguladas, em conjunto com a tutela de evidência, na “Parte Geral” do Projeto de Novo Código de Processo Civil (arts. 277-296 do PLS 166/2010), enquadrando- -as como espécies de tutela jurisdicional que se submetem a um procedimento e a princípios comuns.

Sob a perspectiva da segurança jurídica, entre outras medidas, procura-se estabele- cer uma *intensa necessidade de contraditório*, à luz, evidentemente, de uma visão que deflui da Constituição Federal. O PLS 166/2010 prevê, por exemplo, que mesmo as decisões judiciais que independem de provocação das partes, a respeito de questões de ordem pública, devem ser precedidas de contraditório, com efetiva oportunidade de prévia manifestação dos interessados (arts. 9º e 10 do PLS 166/2010). A exigência dessa medi- da – que evidencia o propósito legislativo de concretizar o princípio constitucional do contraditório – aplica-se não apenas às decisões relativas a controvérsias fáticas, mas também àquelas decisões que digam respeito a questões eminentemente jurídi- cas. Nessa linha, o art. 10 do PLS 166/2010 é expresso ao vedar o juiz que decida com base em “fundamento” a respeito do qual “não se tenha dado às partes oportuni- dade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual se tenha que decidir de ofício”. Não se trata, em absoluto, de revogação do princípio do *iura novit curia*, que permite ao juiz decidir com base em fundamentos jurídicos não invocados pelas partes; trata-se, simplesmente, de facultar às partes interessadas oportunidade de se manifestarem e influenciarem a convicção judicial a respeito da aplicabilidade daquele fundamento jurídico ou fático não invocado ou não debatido nos autos. Evita-se, dessa forma, que as partes sejam surpreendidas, no momento da decisão judicial, com um

argumento ou alegação em que não cogi- taram, e cuja incidência ao caso poderia ser afastada ou modificada, se a matéria tivesse sido previamente debatida.

A imprescindibilidade de contraditório é enfatizada, ainda, *v.g.*, no que diz respeito à desconsideração da pessoa jurídica, pois o art. 64 do PLS/2010 é explícito ao deter- minar que o juiz só poderá desconsiderar a pessoa jurídica depois de observado o princípio do contraditório.

Sob a ótica da simplificação, são diver- sos os aspectos que consagram a *instrumental- idade processual*. Procurar-se-á pontuar alguns deles.

O Projeto, com vistas à *desburocratização cartorária*, define melhor os atos ordinató- rios a serem praticados pelo escrivão (art. 158, § 2º, do PLS 166/2010). Paralelamente, concede-se aos advogados a faculdade – ou mesmo o dever, em determinadas hipóte- ses – de promover a intimação por correio, da parte contrária, de testemunhas etc. (assim, *v.g.*, o arts. 228, § 1º, e 434 do PLS 166/2010). Permite-se a utilização do pro- cesso eletrônico, que deverá ser objeto de leis específicas, que atribuam competência regulatória aos tribunais, com sistemática regulatória no Conselho Nacional de Justiça (art. 151, §§ 2º, 3º e 4º do PLS 166/2010).

*Elimina-se*, por exemplo, a *figura da recon- venção* no procedimento ordinário (arts. 315 a 318 do Código de Processo Civil), que é substituída por um pedido contraposto (art. 337 e parágrafo único do PLS 166/2010),<sup>3</sup> a

<sup>3</sup> É a seguinte a redação proposta pelo PLS 166/2010 para o art. 337, e parágrafo único, do Novo Código de Processo Civil: “Art. 337. É lícito ao réu, na contestação, formular pedido contraposto para manifi- star pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa, hipótese em que o autor será intimado, na pessoa do seu advogado, para responder a ele no prazo de quinze dias. Parágrafo único. A desistência da ação ou a ocorrência de causa extintiva não obsta ao prosseguimento do processo quanto ao pedido contraposto”. O pedido contraposto é também regulado pelos arts. 307, parágrafo único (estende ao pedido contraposto as exigências perti- nentes ao pedido formulado na ação originária), 314, parágrafo único (estende ao pedido contraposto as regras pertinentes à alteração do pedido e da causa de



ser deduzido no bojo da contestação, com o que se corporifica o princípio de que natureza dúplice da ação dúplice passa a ser a regra geral. Se a contestação pode abrigar, se for o caso, o pedido contraposto, não há mais necessidade de reconvenção. Estabelece o parágrafo único do art. 337 do PLS 166/2010 que o pedido contraposto tem autonomia, de modo que, se ocorrer extinção da ação principal, o processo prossegue para julgamento do pedido contraposto.

Também simplificaram-se, *diminuíram as hipóteses de intervenção de terceiros*. Unifica-se o chamamento sob o mesmo nome (arts. 327 a 332 do PLS 166/2010), abrigando-se o chamamento ao processo propriamente dito, repetindo o sistema do Código precedente (arts. 77 a 80 do Código de Processo Civil), e o chamamento à garantia, que parece constituir uma nova roupagem da denúncia da lide (arts. 70 a 76 do Código de Processo Civil). Nessa simplificação, *desaparecem a oposição e a nomeação à autoria*, sendo que esta última é situada no plano da correção da legitimidade (art. 339 do PLS 166/2010)<sup>4</sup>.

Algumas matérias, que atualmente são objeto de incidentes processuais específicos, como é caso da impugnação ao valor da causa (art. 261 do Código de Processo Civil), passam, na redação do Projeto, a ser passíveis de postulação dentro da contestação, sem necessidade de incidente apartado com autuação em apenso (art. 256 do PLS 166/2010)<sup>5</sup>.

---

pedir deduzidos na ação originária), e 348, parágrafo único (concede prazo de quinze dias para manifestação do autor da ação originária e requerimento de provas), do PLS 166/2010.

<sup>4</sup> Conforme a redação do Projeto: “Art. 339. Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima, o juiz facultará ao autor, em quinze dias, a emenda da inicial, para corrigir o vício. Nesse caso, o autor reembolsará as despesas e pagará honorários ao procurador do réu excluído, moderadamente arbitrados pelo juiz”.

<sup>5</sup> Nos termos do PLS 166/2010: “Art. 256. O réu poderá impugnar, em preliminar da contestação, o valor atribuído à causa pelo autor, sob pena de preclusão; o juiz decidirá a respeito na sentença, impondo, se for o caso, a complementação das custas”.

São eliminadas as exceções de *suspeição e impedimento*, dispondo o art. 116 do PLS 166/2010 que tais matérias deverão ser arguidas mediante simples petição, acompanhada das respectivas provas documentais e/ou de rol de testemunhas, o que está, nitidamente, em consonância com a instrumentalidade que se pretende imprimir ao processo.

Muitos procedimentos especiais são extintos pelo Projeto. Em contrapartida, permite-se, por um dispositivo genérico, que o juiz adapte o procedimento às peculiaridades do caso. Nesse sentido, o art. 151, § 1º, do PLS 166/2010 autoriza o juiz a promover o necessário ajuste ao procedimento ou aos atos processuais, quando estes se revelarem inadequados às peculiaridades da causa e desde que ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa.

Em resumo, fica estabelecido o uso do processo de conhecimento como processo padrão, com muito mais intensidade do que no atual Código de Processo Civil.

Há uma inovação no sistema das provas, diante da possibilidade de antecipar-se a produção de provas referentes a um possível litígio, como mera faculdade conferida às partes, sem que se configure situação em que haja risco de perecimento do objeto ou fonte de prova. Essa produção antecipada de provas poderá consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial, e terá lugar, nos termos dos incisos II e III do art. 271 do PLS 166/2010, nos casos em que: “II – a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a tentativa de conciliação; III – o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”.

A possibilidade de produção de prova antes da propositura do processo de conhecimento destinado ao reconhecimento de direitos, fora das hipóteses em que haja receio de se tornar impossível ou muito difícil a verificação dos fatos na pendência de ação futura, traz consigo uma modificação paradigmática no instituto da prova. Em

lugar de se atribuir à atividade probatória a finalidade *exclusiva* de formar a convicção do juiz sobre os fatos do litígio, passa-se a atribuir-lhe *também* a função de influenciar o próprio juízo que fazem as partes das perspectivas de êxito num eventual processo judicial. Esse novo propósito da atividade probatória, que, de certa forma, situa também as partes como destinatárias da prova, tem como objetivo prevenir a propositura de ações infundadas ou fadadas ao insucesso, porque desprovidas de respaldo fático.

Por outro lado, se da análise feita pelas partes sobre a prova produzida antecipadamente não resultar que se evite o processo judicial, é bem possível que a produção antecipada proporcione ao autor e ao réu melhor desempenho na defesa de seus direitos, uma vez que suas alegações já estarão amparadas nos elementos probatórios colhidos. Sob esse prisma, concretiza-se o objetivo jurídico do processo de, por meio do contraditório e da busca da verdade, possibilitar a prolação de uma sentença justa e consentânea com a realidade dos fatos.<sup>6</sup>

A ênfase à atividade das partes é também verificada no tratamento específico da prova pericial. Diz o PLS 166/2010 que o juiz pode dispensar a realização da perícia

quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem sobre as questões de fato pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes (art. 451 do PLS 166/2010). Há também a possibilidade de se realizar o que se chama de uma perícia *ex officio* e *ad eventum*, ou seja, realizar uma perícia depois da juntada das peças dos assistentes técnicos das partes, por força do disposto no art. 460 do PLS 166/2010.

Com foco na instrumentalidade e no cumprimento dos objetivos sociais do processo, o PLS 166/2010 prevê a atuação de conciliadores e mediadores (arts. 134 a 144), acentuando a necessidade de magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público estimularem a conciliação e a mediação (art. 135) e permitindo a atuação dos conciliadores e mediadores na audiência de conciliação, subordinando-a às diretrizes determinadas pelo órgão judicial (art. 333, § 1º do PLS 166/2010). Não obstante a pressão social para que se estendam as funções de mediador e conciliador a pessoas que não necessariamente sejam bacharéis em direito<sup>7</sup>, o PLS 166/2010 optou pela exigência de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil como requisito necessário ao exercício da função (art. 137, § 1º, do PLS 166/2010).

Amplia-se o lapso temporal destinado à possibilidade de alteração do pedido e da causa do pedido, desde que se proceda de boa-fé, que a alteração não gere tumulto no processo, e, ainda, que seja obedecido o princípio do contraditório, facultando-se, a critério do juiz, a produção de prova complementar. São os mandamentos do artigo 314 do PLS 166/2010.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> A produção antecipada de provas, independentemente da verificação de *periculum in mora* e desvinculada da existência de um processo judicial, foi amplamente defendida por Flávio Luiz Yarshell (2009). A ênfase na inclusão das partes como destinatárias da prova e o consequente cumprimento dos objetivos social e jurídico do processo são a tônica da obra, que não afasta, obviamente, a posição do juiz como destinatário da prova no processo judicial; deixa apenas de considerá-lo como *único* destinatário (*Antecipação da Prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*). Esse posicionamento vai ao encontro dos valores consagrados pelo processo civil contemporâneo, bem como da mudança paradigmática sofrida no direito processual no que diz respeito à compreensão do Estado como único responsável pela pacificação social. Sobre a produção de provas como atividade voltada às partes, *v. ainda*, a experiência inglesa da fase de *pre-action*, relatada por Neil Andrews no artigo “The pre-action phase. General report” – *Common Law*, publicado em obra organizada por Ada Pellegrini Grinover e Petrônio Calmon, denominada *Direito Processual Comparado – XIII Congresso Mundial de Direito Processual*.

<sup>7</sup> Nessa linha, dispunha, por exemplo, Projeto de Lei da Câmara dos Deputados 4.827/1998, de autoria da Deputada Zulaie Cobra. Referido Projeto, posteriormente emendado e substituído no Senado pelo PL nº 94/2002 “institucionaliza e disciplina a mediação, como método de solução panprocessual dos conflitos”. Originariamente, o PL 4.827/1998 previa a possibilidade de as partes escolherem como mediador judicial ou extrajudicial “qualquer pessoa capaz e que tenha formação técnica ou experiência prática adequada a natureza do conflito”.

<sup>8</sup> Essa mesma orientação consta do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (elaborado



Esse sistema, com espectro mais amplo para a modificação *causa petendi* e do pedido, visa evidentemente à instrumentalidade e economia processuais, com vistas a aproveitar o processo nas hipóteses em que o interessado decida reformular o pedido ou causa de pedir. A proposição, entretanto, tem sido alvo de críticas e foi incluída entre os 15 pontos polêmicos que, de acordo com a assessoria da Comissão de Reforma do Código de Processo Civil no Senado, são objeto de críticas nas sugestões feitas pela sociedade civil<sup>9</sup>. Há quem argumente, relativamente ao art. 314 do PLS 166/2010, que a previsão da possibilidade de alteração do pedido e da causa de pedir até a sentença – e não mais até a citação ou até a decisão saneadora (arts. 294 e 264 do Código de Processo Civil) – somente retardaria a prestação jurisdicional.<sup>10, 11</sup>

em conjunto nos programas de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA), de agosto de 2005, art. 15; consta, igualmente, de outras versões de anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos. No Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, versão de janeiro de 2007, no parágrafo único, do seu art. 5o, consta a mesma previsão. Este é antecedido de Exposição de Motivos da lavra da Profa. Ada Pellegrini Grinover.

<sup>9</sup> Informação extraída do site do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Disponível em: <<http://novo.direitoprocessual.org.br/content/view/94/57>>. Acesso em: 22 out. 2010.

<sup>10</sup> Nesse sentido, a proposta enviada pelo Prof. Paulo Henrique dos Santos Lucon ao Senado Federal, datada de 09 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=82848>>. Acesso em: 22 out. 2010, fixa a audiência preliminar como momento da estabilização da demanda. Na opinião do ilustre professor: “o art. 314 do Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, ao conceder ao autor a liberdade de alterar o pedido e a causa de pedir até a prolação da sentença, torna essa matéria, concernente à estabilização da demanda, não mais sujeita à preclusão. O enfraquecimento de técnicas, como a preclusão, essenciais para a organização do procedimento, contribui demasiadamente para a demora do processo”.

<sup>11</sup> Outro argumento contrário, utilizado pela doutrina, consiste na malfadada experiência italiana com disposição análoga (art. 189 do *Codice di Procedura Civile*, na redação de 1950), em que a possibilidade ampla de alteração do pedido teria resultado em processos com “objetos incertos”, o que ocasionou a

Simplifica-se e agiliza-se o procedimento de proposição de provas judiciais, na medida em que as testemunhas serão indicadas na petição inicial e na contestação (art. 306 do PLS 166/2010), regra atualmente aplicável apenas ao procedimento sumário (arts. 277 e 278 do Código de Processo Civil).

A falsidade de documento deve ser suscitada na própria contestação ou no prazo de cinco dias, sucessivos à juntada do documento nos autos, e a sentença que decida sobre a falsidade deve fazê-lo na parte dispositiva com autoridade de coisa julgada (arts. 410 e 413 do PLS 166/2010).

Ainda no âmbito da instrumentalidade, dispõe o artigo 301 do PLS 166/2010: “Antes de proferir sentença sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir vício que possa conduzir a extinção do julgamento de mérito”. O dispositivo busca concretizar ao máximo a economia processual, permitindo o prosseguimento do processo defeituoso, ao propiciar a possibilidade de correção dos vícios existentes.

Permite-se a rejeição liminar da demanda, quando: o pedido for manifestamente improcedente, e desde que não contrarie entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos (art. 317, I e II, do PLS 166/2010). Trata-se de medida direcionada a resolver o problema concernente à sobrecarga de processos no Judiciário.

Quanto à regra atual do artigo 296 do Código de Processo Civil, que permite ao juiz reconsiderar a sentença de indeferimento da inicial no prazo de 48 (quarenta

alteração introduzida pela Lei 353, de 26 de novembro de 1990, que antecipou o momento preclusivo para alteração do *thema decidendum* pelas partes. Nessa linha, confirmam-se as considerações tecidas pelos advogados Fernando Dantas M. Neustein e Daniele Vecchi, em artigo intitulado “O novo CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL e a experiência italiana: o caso de uma novidade que nasce já ultrapassada”, disponível no informativo <<http://www.migalhas.com.br>>.

e oito) horas, esta é mantida no § 5º do art. 467 do PLS 166/2010 e bastante ampliada, estendendo-se a qualquer das hipóteses de extinção do processo sem resolução de mérito.

Outro aspecto interessante do Projeto de Novo Código de Processo Civil é a eliminação das cautelares nominadas. Evidentemente isso responde a uma tendência do direito brasileiro, em que se expandiram as medidas cautelares e de urgência, de tal modo que não se justifica a manutenção de procedimentos cautelares típicos, diante da grande liberdade para decidir, adjudicada ao Judiciário. O PLS 166/2010 consagra a ampliação dos poderes concedidos aos magistrados na concessão de medidas destinadas à tutela da urgência e da evidência, que, como já se disse, passam a ser tratadas em conjunto.

A tutela de urgência e da evidência estão, sem dúvida alguma, entre os desafios contemporâneos atinentes à simplificação do processo e à efetividade. E, como se disse, a simplificação dessa modalidade de tutela – voltada para a necessidade de conferir soluções mais céleres e adequadas ao direito material versado no litígio – teve início nas sucessivas reformas a que se submeteu o sistema atual, desde 1994<sup>12</sup>, com a instituição da tutela antecipada, até os dias atuais, com a previsão de fungibilidade entre medidas cautelares e antecipatórias<sup>13</sup> e da tutela antecipada da parte incontroversa. Tenha-se presente, aliás, que, embora a modalidade de tutela antecipatória mais frequentemente utilizada e difundida na *práxis* jurídica tal como a referente às situações de risco de dano irreparável ou de difícil reparação (tutelas de urgência), o Código de Processo Civil, desde 1994, já prevê, no inciso II do art. 273, modalidade de tutela da evidência, fundada na verossimilhança da alegação

<sup>12</sup> Cf. a Lei 8.952/1994, que atribuiu nova redação ao art. 273 e nele incluiu os incisos I e II e os §§ 1º a 3º.

<sup>13</sup> Cf. a Lei 10.444/2002, que, entre outras modificações, acrescentou ao art. 273 os §§ 6º e 7º.

e no propósito protelatório ou na natureza abusiva da defesa do réu. A introdução da tutela antecipada da parte incontroversa do pedido ou do pedido incontroverso (no Código de Processo Civil, atualmente, prevista no art. 273, § 6º) é também exemplo de tutela da evidência. Nesses dois casos, há fundadas opiniões no sentido de que não haveria tutela antecipada, propriamente dita, por tratar-se do próprio provimento final – ainda que parcial – almejado, o que representa a opinião correta.

Em suma, a principal diferença entre a tutela de urgência e a tutela da evidência reside no fato de que, em relação à tutela da evidência não há a necessidade de demonstrar o *periculum in mora*, tal como ocorre na tutela de urgência, pois se trata de situações em que a evidência do direito já se encontra configurada nos autos. Também não se há que falar, propriamente, em *fumus boni iuris*, porquanto a ausência de defesa consistente (Código de Processo Civil, art. 273, II) ou de controvérsia sobre o pedido ou parte dele (Código de Processo Civil, art. 273, § 6º) denotam, mais que a plausibilidade do direito – autorizada por cognição superficial ou sumária –, a própria verificação de sua existência, fundada em cognição judicial exauriente.

O PLS 166/2010 regula a tutela de urgência no art. 283<sup>14</sup>, permitindo a contrapartida da caução real ou fidejussória; a tutela de evidência está prevista no artigo 285, que estabelece como requisitos para sua concessão: “I – ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido”; ou “II – um ou mais dos pedidos cumulados

<sup>14</sup> Na dicção do Projeto, *verbis*: “Art. 283. Para a concessão de tutela de urgência, serão exigidos elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Parágrafo único. Na concessão liminar da tutela de urgência, o juiz poderá exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer, ressalvada a impossibilidade da parte economicamente hipossuficiente”.

ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva”. Foram claramente distinguidas.

O inciso I do art. 285 do PLS 166/2010 corresponde ao inciso II do art. 273 do Código de Processo Civil, e o inciso II encontra correspondência no § 6º, do atual art. 273. O denominador comum que enlaça essas duas hipóteses, diferentes da tutela de urgência (tutela antecipada, propriamente dita), justificou esse tratamento em separado.

Ademais, o Projeto aprimora a disciplina vigente quando cuida da exigência especial de uma fundamentação mais delicada quanto à matéria. No artigo 279 do PLS 166/2010, lê-se que: “Na decisão que conceder ou negar a tutela de urgência e a tutela da evidência, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento”. Tal exigência é justificada pelo fato de que, pelo Projeto, as decisões referentes à tutela de urgência e de evidência terão maior estabilidade do que têm no sistema atual, ainda que de coisa julgada não se trate.

Quanto ao aspecto mencionado – da estabilidade das decisões que concedem tutelas de urgência e de evidência –, reza a parte final do art. 290, *caput*, do PLS 166/2010 que será definitiva a solução conferida nas hipóteses em que “um ou mais pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso”. Nos demais casos, proceder-se-á, após a concessão ou indeferimento da liminar, à cognição referente ao pedido principal. Dispõem os §§ 2º e 3º do art. 289 do PLS 166/2010: “A apresentação do pedido principal será desnecessária se o réu, citado, não impugnar a liminar”, e “Na hipótese prevista no § 2º, qualquer das partes poderá propor ação com o intuito de discutir o direito que tenha sido acautelado ou cujos efeitos tenham sido antecipados”. Nada obsta, como dito, que, indeferida a liminar, seja proposta a ação, ressalvadas as hipóteses de decretação da prescrição ou decadência (art. 292 do PLS 166/2010);

nesses casos, a repetição da tutela encontra óbice na coisa julgada material, a exemplo do que já ocorre no sistema vigente (art. 810 do Código de Processo Civil).

Será, pois, no bojo dessa ação que se poderá alterar a tutela concedida. Preceitua o art. 293 do PLS 166/2010 que a decisão que concede as medidas liminares não produz coisa julgada,<sup>15</sup> ressalvada a “estabilidade dos respectivos efeitos”, que somente pode ser afastada por decisão que a revogar (art. 290, § 3º, c/c art. 289, §§ 2º e 3º, do PLS 166/2010).

Na realidade, relativamente às tutelas de urgência e de evidência, o que o Projeto de Novo Código de Processo Civil fez foi aprimorar as inovações inseridas no Código de Processo Civil vigente, e sistematizá-las de maneira mais abrangente e correta, seguindo antiga sugestão do Presidente da Comissão responsável por sua elaboração, o Min. Luiz Fux, feita em tese de concurso.<sup>16</sup>

Esse é um dos inúmeros exemplos de hipóteses em que, conforme se assinalou de início, o Projeto de Novo Código de Processo Civil não se pretende revolucionário – no sentido de negar a sistemática vigente – mas se propõe, ao contrário, a utilizar de maneira adequada e ordenada do que nela se revele útil aos desígnios contemporâneos do processo civil.

Outro grande desafio a ser enfrentado pelo PLS 166/2010 é o problema da justiça de massa. Não é possível exigir do magistrado um trabalho de artesão para enfrentar a enormidade de ações repetitivas, com objetos semelhantes ou praticamente idênticos. Diante disso, a Comissão buscou uma solução para resolver esse problema, ou, ao menos, encaminhar rumos para uma solução. Nela reside a grande novidade do Projeto de Novo Código de Processo.

<sup>15</sup> Esse dispositivo deverá ser interpretado em conjunto com o disposto no art. 292, segundo o qual, o indeferimento fundado na decretação de prescrição ou decadência do direito não autoriza a propositura da ação.

<sup>16</sup> Confira-se a obra de Fux (1996).

Na realidade atual, a matéria é tratada no art. 285-A do Código de Processo Civil, e, no tocante aos tribunais superiores, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, as soluções encontradas consistem na regulação da repercussão geral e na dos recursos repetitivos, com disciplinas diferentes, ainda que animadas pelo mesmo denominador comum.

O PLS 166/2010 pretende desafogar o Judiciário em primeiro grau de jurisdição, a partir do que se denominou incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 895 a 906 do PLS 166/2010). A disciplina aí encontrada parece-nos promissora, e deverá aliviar a sobrecarga de ações repetitivas nos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais. De acordo com os dispositivos do Projeto, o incidente de demandas repetitivas é admissível sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal, pelo juiz ou relator, por ofício; pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição. Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. Os tribunais promoverão a formação e atualização de banco eletrônico de dados específicos sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o, imediatamente, ao Conselho Nacional de Justiça, para inclusão no cadastro. Após a distribuição, o relator poderá requisitar informações ao órgão em cujo juízo tem curso o processo originário, que as prestará em quinze dias; findo esse prazo improrrogável, será solicitada data para admissão do incidente, intimando-se

o Ministério Público. O juízo de admissibilidade e o julgamento do incidente competirão ao plenário do Tribunal competente ou, onde houver, ao órgão especial. Na admissibilidade, o Tribunal considerará a presença dos requisitos do art. 895 do PLS 166/2010 e a conveniência de se abrir o caminho para adotar decisão paradigmática. Rejeitado o incidente, o curso dos processos será retomado; admitido, o tribunal julgará a questão de direito, lavrando-se o acórdão, cujo teor será observado pelos demais juízes e órgãos fracionários situados no âmbito de sua competência, na forma do Capítulo em que o assunto está previsto.

É um sistema que se aproxima do tratamento já existente, destinado aos recursos com fundamento em idêntica questão de direito (“recursos repetitivos”) perante o Superior Tribunal de Justiça (art. 543-C, § 1º a 9º, do Código de Processo Civil), mas transportado para os órgãos de segundo grau de jurisdição. Nessa linha, analogamente à prerrogativa conferida ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça nos §§ 1º e 2º do art. 543-C do Código de Processo Civil, o art. 898, § 2º, do PLS 166/2010 dispõe que: “Admitido o incidente, o presidente do tribunal determinará, na própria sessão, a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo graus de jurisdição”.

O que fez o Projeto foi estabelecer, para as demandas repetitivas, uma disciplina análoga àquela referente aos procedimentos da repercussão geral nos recursos extraordinários e do julgamento de “recursos repetitivos” no Superior Tribunal de Justiça. Solucionam-se, a um só tempo, as questões pertinentes ao afogamento do Poder Judiciário e à uniformização das decisões judiciais.

Em relação à sentença, o PLS 166/2010 mantém, no seu art. 472, o que está disposto no art. 459 do Código de Processo Civil: “O juiz proferirá a sentença de mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de sentença sem resolução de mérito

to, o juiz decidirá de forma concisa". O parágrafo único do art. 472 do Projeto consagra, contudo, um princípio de extrema importância, que determina a necessidade de a sentença ser mais explícita e analítica, quando fundamentada "em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos". Nesses casos, "o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas, demonstrando as razões pelas quais, ponderando os valores em questão e à luz das peculiaridades do caso concreto, não aplicou princípios colidentes". Há, com efeito, nas normas que consubstanciam conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, maior amplitude de deliberação adjudicada ao juiz, e, por isso mesmo, pode-se dizer que dele se exige fundamentação mais minudente. Nesse ponto, o PLS 166/2010 revigora a garantia constitucional da fundamentação das decisões, em conformidade com as exigências determinadas pela evolução do direito.

Outro problema que de certa maneira ficou resolvido pela jurisprudência do STJ é o relacionado ao art. 268 do Código de Processo Civil, no sentido de que, se o julgamento for extinto sem julgamento de mérito, a demanda pode ser reproposta, pois não terá ocorrido coisa julgada. Enfrentou o Projeto do Senado nº 166 a questão relativa à possibilidade de se repropor ação idêntica àquela em que tenha sido extinta sem resolução de mérito, ainda que sem a correção do vício declarado na sentença terminativa, cuja parte dispositiva não se submete à coisa julgada material, *o que decorreria de uma interpretação literal desse art. 268, do Código de Processo Civil.*

Com efeito, segundo uma concepção tradicional, transitada em julgado a sentença que extingue o processo sem resolução de mérito formando-se apenas coisa julgada formal, de sorte que, nos termos do art. 268 do Código de Processo Civil, é/seria possível que a ação viesse a ser proposta,

em idênticos termos, o que, sob certas circunstâncias, pode ocasionar o exercício abusivo do direito de ação. Como o art. 268 do Código de Processo Civil não menciona a necessidade de correção do vício que motivou a sentença terminativa como requisito para a repropositura da ação, e para obstar a persistência da propositura de ação em que uma das partes padecia de ilegitimidade *ad causam*, o Superior Tribunal de Justiça chegou a afirmar que a ilegitimidade é tema que se confunde com o mérito.<sup>17</sup>

Embora divirja da redação *literal* do art. 268 do Código de Processo Civil, bem como das concepções tradicionais sobre o direito de ação, esse entendimento pareceu-nos mais consentâneo com as exigências éticas do processo (*Cf.* o que já dissemos no nº 122-B da Primeira Parte do nosso Manual de Direito Processual Civil, 2010).

O PLS 166/2010 levou em consideração essa problemática e explicitou a necessidade de, diante da prolação de sentença terminativa motivada em ilegitimidade ou falta de interesse processual, corrigir-se o vício quando da nova propositura da ação (art. 468, § 1º, do PLS 166/2010). A modificação oferece solução mais técnica e explícita quanto à necessidade de correção do defeito, que coincide com a posição atual do Superior Tribunal de Justiça. É mais uma demonstração de que a Comissão não pairou indiferente aos problemas que afligem os Tribunais na aplicação do Código de Processo Civil vigente, e, bem assim, aproveitou-se de construções jurisprudenciais saudáveis.

No que concerne à coisa julgada, houve uma simplificação no tratamento das questões prejudiciais, que, uma vez decididas, passam a ser incluídas pela abrangência da coisa julgada. Atualmente, a solução das questões prejudiciais não é objeto de coisa julgada (art. 469, III, do Código de Processo Civil), salvo quando, nos termos do artigo 470 do Código de Processo Civil,

<sup>17</sup> Referimo-nos ao julgamento do Resp 160.850/SP, 4ª T., Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 05.03.2001.



tais questões constituam objeto de sentença proferida em ação declaratória incidental. O Projeto suprime a ação declaratória incidental, mas determina que a sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites do pedido e das questões prejudiciais expressamente decididas (art. 484 do PLS 166/2010). Adota-se, nesse ponto, uma antiga posição de Savigny,<sup>18</sup> no sentido de que valerá a coisa julgada sobre o pedido e as questões prejudiciais que antecedam à lide principal/prejudicada; essa coisa julgada abrangerá ambas as lides.

As inovações propostas para os recursos, analogamente àquelas referentes ao processo em primeiro grau, orientam-se pela necessidade de racionalizar ao máximo o processamento e julgamento de recursos, bem como de uniformizar a aplicação do direito e estabilizar a jurisprudência, o que, respectivamente, valoriza a *segurança jurídica* e o próprio *princípio da igualdade de todos perante a lei* (e, também, em face de *decisões judiciais*). O PLS 166/2010 optou por suprimir uma modalidade recursal (embargos infringentes), reduzir as hipóteses de cabimento de alguns recursos (agravo de instrumento), bem como por simplificar-lhes o procedimento.

O agravo de instrumento, que no início das grandes reformas nasceu sob os auspícios de ser uma alteração positiva no sentido da efetividade processual<sup>19</sup>, revelou, nas reformas subsequentes, a tendência à gradativa diminuição das hipóteses de

<sup>18</sup> Essa concepção é – ao que tudo indica – devida a Savigny e teria sido introduzida entre nós por João Monteiro (V. João Monteiro, 1925, p. 763 et seq.). Savigny (1847, p. 430) tratou do assunto no seu *System des heutigen Römischen Recht*, esta posição, ulteriormente, comportou a adesão de Pietro Cogliolo (1893, p. 277 et seq.). Entre nós, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, o Prof. Ronaldo Cunha Campos defendeu com ênfase esse sistema, criticando o Código (1988, p. 142 et seq.).

<sup>19</sup> Referimo-nos à reforma veiculada pelas Leis 8.950/1994 e 9.139/1995, que viabilizaram a distribuição do agravo de instrumento diretamente no Tribunal e a concessão de efeito suspensivo pelo Relator.

cabimento dessa modalidade recursal<sup>20</sup>. Isso ocorreu em virtude do grande número de agravos interpostos contra decisões interlocutórias, que acabou por transformar, na prática, os tribunais de apelação em verdadeiros “tribunais de agravo”.

De acordo com o texto do Projeto, o agravo de instrumento subsistirá, mas seu cabimento estará restrito às decisões interlocutórias expressamente previstas na lei, onde se inserem aquelas que digam respeito a matérias relacionadas com tutela de urgência e de evidência; as decisões interlocutórias de mérito; as proferidas na fase de cumprimento de sentença e na execução<sup>21</sup>. As demais questões, decididas por interlocutórias, não serão objeto de preclusão, e haverão de ser alegadas, para fins de devolução ao Tribunal, ao ensejo da interposição do recurso de apelação. Diante disso, foi abolida pelo PLS 166/2010 a modalidade de agravo retido nos autos, prevista atualmente no art. 522 do Código

<sup>20</sup> Foi o que ocorreu, fundamentalmente, com as modificações implementadas pela Lei 10.352/2001, que, na prática, inverteram a regra geral, até então vigente, do cabimento do agravo de instrumento contra decisões interlocutórias, diante da possibilidade de conversão, pelo Relator, deste em agravo retido na quase totalidade dos casos. A Lei 11.187/2005 veio, na sequência, para “complementar” essas modificações, estipulando a obrigatoriedade de tal conversão em todos os casos em que a decisão agravada não fosse suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida. Estabeleceu, também, a irrecorribilidade da decisão do relator que convertesse em retido o agravo de instrumento (cf. a redação atribuída ao art. 527, II e parágrafo único do Código de Processo Civil vigente).

<sup>21</sup> Acresça-se, exemplificativamente, as seguintes decisões, para as quais o PLS 166/2010 expressamente previu o cabimento de agravo de instrumento: decisão referente ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica (art. 65); decisão referente à gratuidade de justiça, quando a questão não for decidida no bojo da sentença (art. 85, § 2º); decisão relativa ao interesse jurídico daquele que pretende ingressar como assistente no processo (art. 322, parágrafo único); decisões referentes à exibição de documento ou coisa por terceiro e ao cumprimento forçado da obrigação de exibição (art. 322, parágrafo único); e decisão que define, em sede de liquidação, o valor devido (art. 494, § 7º).

de Processo Civil. À luz da problemática que aflige especialmente aos Tribunais, parece tratar-se de uma boa solução.

Por outro lado, permitir-se-á sustentação oral nas decisões interlocutórias que tangenciam o mérito (art. 857, § 1º, do PLS 166/2010), as chamadas decisões interlocutórias mistas, como, por exemplo, no caso da rejeição de prescrição. Essa medida tem em vista o propósito, expresso na Exposição de Motivos do Anteprojeto que redundou no PLS 166/2010, de “alcançar resultado do processo mais rente à realidade dos fatos”. Atualmente, como sabido, o Código de Processo Civil não autoriza a sustentação oral nos recursos de agravo de instrumento (art. 554 do Código de Processo Civil).

Ainda na linha da simplicidade e da instrumentalidade, dispensa-se o juízo de admissibilidade em primeiro grau, atualmente previsto no art. 518, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil. A apelação será processada em primeiro grau, mas o juízo de admissibilidade será feito exclusivamente pelo tribunal (art. 926 do PLS 166/2010)<sup>22</sup>. A supressão do juízo de admissibilidade pelo órgão *a quo* facilita muito o processamento do recurso, uma vez que, sendo do órgão julgador do recurso a competência definitiva para tal juízo, evita-se a interposição de recursos contra o juízo de admissibilidade negativo que venha a ser feito em primeiro grau de jurisdição. Por outro lado, elimina-se a realização *inócua* ou *inútil* do juízo de admissibilidade positivo no órgão *a quo*, eis que está *sempre* sujeito à *confirmação* ou à *revogação* pelo Tribunal.

Extinguem-se os embargos infringentes. A discussão sobre a manutenção dessa modalidade recursal é anterior à promulgação do Código de Processo Civil vigente,

<sup>22</sup> O texto é expresso, na parte final, quanto à competência una – e não mais dúplice – do juízo de admissibilidade da apelação: “Art. 926. A apelação será interposta e processada no juízo de primeiro grau; intimado o apelado e decorrido o prazo para resposta, os autos serão remetidos ao tribunal, onde será realizado o juízo de admissibilidade”.

cujo Anteprojeto já não continha embargos infringentes, os quais vieram a ser inseridos por uma emenda feita no Congresso Nacional. Em contrapartida à supressão dos Embargos Infringentes, estabelece o Projeto de Novo Código de Processo Civil que o voto vencido terá sempre que ser declarado e será parte integrante do acórdão, inclusive devendo servir para fins de pré-questionamento (art. 861, § 3º, do PLS 166/2010).

Algumas modificações sugeridas para os recursos especial e extraordinário são particularmente interessantes. Autoriza o Projeto que os Tribunais Superiores decidam o mérito de um recurso desde que seja tempestivo, afastando causas de inadmissibilidade que não sejam consideradas graves, quando se trate de casos repetitivos ou sempre que a decisão da questão de mérito contribua para o aperfeiçoamento do sistema jurídico. Essa regra está no § 2º do art. 944 do PLS 166/2010. É possível traçar um paralelo entre tal disposição e a aplicação daquilo que se denomina, no direito argentino, “gravidade institucional” do recurso extraordinário.

A “gravidade institucional” é um filtro à admissibilidade do recurso extraordinário argentino, análogo ao da repercussão geral, entre nós. Está prevista no art. 280 do Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentino<sup>23</sup> e, embora constitua um filtro de admissibilidade recursal, historicamente, parece ter servido ao objetivo de superar irregularidades formais quanto à admissibilidade do recurso extraordinário e permitir a análise de questões que transcendessem o interesse subjetivo das partes.

<sup>23</sup> A dicção do artigo é a seguinte: “Art. 280. LLamamiento de autos. Rechazo del recurso extraordinario. Memoriales en el recurso ordinario. Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”.



Isso pode ser extraído da obra de Fernando N. Barrancos Y Vedia, que escreveu sobre o tema nos idos de 1960 até 31 de agosto de 1968, quando se teria formado a noção de gravidade institucional. Posteriormente, com a Lei nº 23.774, aprovada pelo Congresso Nacional argentino em 5 de abril de 1990, passou a ser a “gravidade institucional” meio legalmente estabelecido para rechaçar recursos que não fossem portadores desse requisito (BARANCOS Y VEDIA, 1991, p. 7-11; p. 273-241). Mas, atualmente, continua a haver transigência com os requisitos de cabimento, quando presente a “gravidade institucional”, para a admissão de tais recursos extraordinários, sem que isso afete o julgamento do mérito dos recursos extraordinários.<sup>24</sup> A introdução, no PLS 166/2010, da possibilidade de se superarem vícios de admissibilidade que não se repute graves, parece seguir essa linha e permitir a análise de questões verdadeiramente relevantes à aplicação e uniformização da lei federal constitucional e infraconstitucional.

Verifica-se, também, que o PLS 166/2010 aumentou o âmbito de devolutividade do recurso especial, e do extraordinário, de forma que, no julgamento do recurso extraordinário ou especial estão os Tribunais Superiores autorizados a examinar os fundamentos da causa e da defesa, ainda que não abordados no recurso (art. 949 do PLS 166/2010). Essa regra, que semelhante às disposições concernentes ao efeito devolutivo da apelação (art. 515, § 2º, do Código de Processo Civil vigente), afina-se com a necessidade de se analisarem, em sede recursal, todos os pedidos e fundamentos sucessivos, independentemente daqueles que tenham sido acolhidos no juízo de origem. É previsão que, no fundo, ajusta-se ao princípio do contraditório, aqui entendido como a necessidade de os Tribunais Superiores

virem a responder à integralidade do que foi postulado.

Quanto às questões repetitivas no âmbito dos recursos especial e extraordinário, seu processamento e julgamento segue, tal como em segundo grau de jurisdição, o lineamento dos arts. 543, 543-A, 543-B e 543-C do Código de Processo Civil, mas o Projeto simplifica as disposições ali contidas, por unificar a regulamentação aplicável aos recursos extraordinário e especial (arts. 953 a 958 do PLS 166/2010). Essa unificação também se afigura salutar.

Em relação especificamente à segurança jurídica e à isonomia, o art. 847 do Projeto dispõe: “Os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte: sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante; os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem”. Considerando que a jurisprudência se modifica – em realidade, muitas vezes precisa mudar –, e isso pode acarretar transtornos, o inc. V do art. 847 estabelece, com vistas a poderem ser atenuados esses inconvenientes: “na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”. O § 1º do art. 847 diz: “A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas”. Este último texto é importante, porquanto essa fundamentação adequada, *i.e.*, mais minudente, visa a demonstrar que a modificação se operou por necessidade de reinterpretar a lei, e não, por razões outras que não essa necessidade que socialmente se tenha imposto.

<sup>24</sup> Cf., no direito argentino, excelente trabalho de Augusto M. Morello (1990, p. 31; p. 81-82), editado logo após a vigência da Lei 23.774/1990, em que faz, inclusive, remissões ao direito brasileiro, em relação à arguição de relevância.

É perceptível a ênfase conferida ao peso e ao significado social da jurisprudência dos tribunais, mormente sob a perspectiva da realização da isonomia e da segurança jurídica. Isso se dá em todos os níveis, dos Tribunais Superiores aos órgãos de segundo e primeiro grau. O objetivo que informa essas regras é exatamente concretizar melhor os princípios da legalidade e da isonomia, no sentido de que se diz que, se a lei é igual para todos, é importante também que as decisões judiciais que interpretem a lei sejam iguais para todos.

Procurou-se oferecer uma visão do projeto, mas seria impossível considerar nesta sede todos os seus aspectos. Para terminar, diríamos que o projeto é bastante bom, bem ordenado, impecavelmente bem redigido, sintonizado rigorosamente com as necessidades contemporâneas, especialmente com o problema da justiça de massa, com a simplificação do processo; ademais, a sociedade está sendo ouvida, ocorreram audiências públicas antes da entrega ao Presidente do Senado, e sucedem-se outras audiências públicas, amplamente divulgadas e concorridas. Faço votos que esse projeto seja bem-sucedido com a colaboração da sociedade e do Congresso Nacional.

No mais, deve ser ressaltado que os inumeráveis caminhos possíveis de soluções que se encontram no Projeto decorrem dos problemas atuais, que assolam a Justiça brasileira. A promulgação de um novo Código de Processo Civil – conquanto haja problemas paralelos outros, atinentes à estrutura do Judiciário, tais como aprimoramento profissional de servidores e magistrados, adequação dos rendimentos, instalações melhores, uso acentuado da informática – é um dos elementos que podem auxiliar na melhoria da distribuição da Justiça e na aplicação do direito.

## Referências

ANDREWS, Neil. The pre-action phase: general report – common law. In: CONGRESSO MUNDIAL DE DIREITO PROCESSUAL, 13., 2008, Rio de Janeiro. GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON, Petrônio (Org.). Direito processual comparado.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Manual de Direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. Processo e Constituição. In: DANTAS, Bruno; CRUXÊN, Eliane; SANTOS, Fernando; LAGO, Gustavo Ponce Leon. (Org.). *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois. A consolidação das instituições*. Brasília: Senado Federal Instituto Legislativo Brasileiro, 2008. v. 3.

BARANCOS Y VEDIA, Fernando N. *Recurso Extraordinario y "Gravedad Institucional"*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Limites objetivos da coisa julgada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1988.

COGLIOLO, Pietro. *Tratatto teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata*. Torino: Fratelli Bocca, 1893.

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MONTEIRO, João. *Theoria do processo civil e comercial*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Jornal do Brasil, 1925.

MORELLO, Augusto M. *La nueva etapa del recurso extraordinario – el "certiorari"*. Buenos Aires: Platense-Abeledo Perrot, 1990.

NEUSTEIN, Fernando Dantas M.; VECCHI, Daniele. *O novo código de processo civil e a experiência italiana: o caso de uma novidade que nasce já ultrapassada*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 23 fev. 2011.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System des heutigen römischen Recht*. Berlin: Veit und Comp., 1847.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e Direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

# Tutela dos direitos no novo Código de Processo Civil

Projeto 166

Benedito Cerezzo Pereira Filho

## Sumário

1. Um novo tempo! Um novo código! 2. A razão (fundamento) do Projeto 166 3. Tutela dos direitos. Efetividade do processo 4. Tutela dos direitos. Liberdade de imprensa. Direitos da personalidade 4.1. Imprensa (ir)responsável? 5. A questão legislativa. Síntese conclusiva.

### *1. Um novo tempo! Um novo código!*

A necessidade de um novo código de processo civil pode ser vislumbrada por vários enfoques. No entanto, ao que parece, não pode ser negada. É ineludável o dever do Estado, na suas três esferas de poder (*legislativo, executivo e judiciário*), em propiciar ao cidadão uma efetiva tutela dos direitos.

A responsabilidade, no entanto, não é privilégio apenas do legislador. Apesar da sua função precípua, é, igualmente, dever do juiz tutelar o direito, ainda que não receba arcabouço legislativo adequado na via ordinária.

Não se admite, portanto, que um direito fundamental, e a tutela jurisdicional adequada é um direito fundamental, fique sem proteção a pretexto de não se ter uma legislação processual própria para aquele caso específico levado a juízo.

Caberá ao juiz intervir na realidade e proteger o cidadão com uma tutela que dê respaldo ao seu direito fundamental consagrado

Benedito Cerezzo Pereira Filho é membro da comissão de juristas responsável por elaborar e acompanhar o anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da USP - Universidade de São Paulo - *campus* de Ribeirão Preto. Doutor e Mestre em Direito pela UFPR - Universidade Federal do Paraná.

no texto constitucional porque “esse direito fundamental não se limita a incidir, como é óbvio, em face do legislador, pois exige do Judiciário a prestação da adequada tutela jurisdicional” (MARINONI, 2004, p. 33).

O talentoso processualista esclarece com propriedade que “isso tudo é reflexo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, que se dirige não apenas contra o legislador, obrigando-o a edição do procedimento judicial adequado, *mas também contra o juiz, que deve prestar a efetiva tutela ao direito material e ao caso concreto*” [sem grifo no original] (MARINONI, 2004, p. 289).

Como ressaltamos em outro trabalho (PEREIRA FILHO, 2010), o marco definidor a reclamar essa atitude é a nova ordem constitucional inaugurada em 5 de outubro de 1988. “A Constituição é a certidão de nascimento do Estado”<sup>1</sup>, por isso, juridicamente, não é nenhum exagero dizer que o Brasil *nasceu* nesta data. “Historicamente é o mesmo. Geograficamente pode ser o mesmo. Não o é, porém, juridicamente” (TEMER, 2002, p. 33).

Com o advento do Estado constitucional, o primado da lei cedeu espaço e a razão de ser de toda e qualquer interpretação passa a ser a partir da Constituição, principalmente, dos direitos fundamentais. “Na verdade, o princípio da legalidade substancial significa uma transformação que afeta as próprias concepções de direito e de jurisdição e, assim, representa uma quebra de paradigma” (MARINONI, 2008, p. 23).

A realidade projetada pela Constituição Federal, então, refuta teorias do passado, *justamente porque ele não existe mais*, e reclama uma nova postura frente ao direito e, por via oblíqua, ao próprio conceito de jurisdição. Se essa ruptura deslocou o centro de atenção da lei para os direitos fundamentais, protegê-los exige legislação processual adequada e uma atuação do juiz condizente com essa necessidade.

<sup>1</sup> Essa frase foi sempre utilizada, em aulas, pelo constitucionalista Celso Bastos.

Essas duas vertentes já denotam necessidade de um novo código, pois o atual não foi pensado à luz dos direitos fundamentais e muito menos do papel que hoje se reserva e se espera do juiz.

Como sabiamente advertia Carnellutti, “os códigos principiam a envelhecer no prelo, quando estão sendo impressos, tamanha a evolução social”. O código de processo civil envelheceu, a bem da verdade, não existe mais, “enganam-se aqueles que pensam que ainda têm à sua frente o Código de Processo Civil de 1973 – Código Buzaid” (MARINONI; MITIDIERO, 2008, nota prévia dos autores).

Necessitamos, pois, de “uma dogmática jurídica preocupada em construir um processo justo e capaz de outorgar tutela adequada, efetiva e tempestiva aos direitos a partir de novas regras processuais civis” (MARINONI; MITIDIERO, 2008, nota prévia dos autores).

Não se trata, porém, de apenas “atualizar” a legislação como se fosse uma simples adaptação ao presente. É necessário, desde logo, admitir que estamos numa época cujas demandas sociais pugnam nova postura, um olhar do novo desprovido das armaduras do passado.

Por outro lado, não se deve esperar que o simples ato de legislar dê todas as respostas aos problemas do foro em geral. Mesmo porque muitos deles estão em outro lugar, a demandarem outra ordem de providência, de gestão pública, por exemplo.

Será um equívoco sem precedente analisar o *processo civil* pelo *processo civil* sem se permitir vislumbrar a existência do horizonte. Não podemos cair na vala dos comuns e “pensar o direito pelo próprio pensar”, distanciando-se da sua causa (MARINONI, 2000, p. 18).

Mais do que uma legislação nova, é imprescindível uma interpretação condizente com os fundamentos encartados na Constituição Federal. O que se pretende dizer, em síntese, é que, a rigor, não há lei boa ou ruim, ou seja, nenhuma legislação

será capaz de abarcar toda e qualquer possibilidade de acontecimentos ou ameaça no contexto social e trazê-la para a moldura legal.

A interpretação/aplicação da norma é que deve ser adequada ao modelo de Estado fundado no texto constitucional e ser capaz de projetar uma decisão calcada no princípio de Justiça previsto na Constituição.

Para tanto, será preciso olhar o processo civil sob outro enfoque ou, de outro ângulo, talvez se utilizando da técnica apresentada aos seus alunos pelo professor John Keating no filme *A sociedade dos poetas mortos*, na qual os discentes e o mestre sobem na carteira e na mesa e passam a ver a poesia por outro viés.

Precisamos analisar o projeto do novo código de processo civil de um local privilegiado, da Constituição. Atentos às mudanças no modo de pensar, sentir e agir da sociedade, mas permitindo-se enxergar, pois, como bem esclarece Rubem Alves, “há muitas pessoas de visão perfeita que nada vêem” (ALVES, 2004). Talvez precisássemos menos de olhos de juristas e mais de olhos de poetas, é que, segundo esse autor, “os poetas ensinam a ver” (ALVES, 2004).

## 2. A razão (fundamento) do Projeto 166

Uma obra coletiva<sup>2</sup>, como não poderia deixar de ser, evidentemente é vista e pensada, apesar do consenso, de forma individualizada. Isso é notório e de extrema aceitabilidade porque não se pode admitir que o coletivo tenha idênticas ideias e posturas.

Até porque a experiência e conhecimento de cada um são variantes. Como afirmava ORTEGA Y GASSET, “eu sou eu e minhas circunstâncias”, ou seja, o entendi-

<sup>2</sup> Pode-se dizer, sem medo de errar, que o projeto 166 do novo código de processo civil é, verdadeiramente, uma obra coletiva. A participação, e mais do que isso, a oportunidade de participação de toda a sociedade, representada pelos seus mais variados matizes, foi um exemplo de democracia e de exercício saudável do Poder.

mento que se tem ou se terá do novo código dependerá, em muito, da história de vida de cada um e da forma com que se permitirá interpretá-lo. Diz-se isso para esclarecer ao leitor menos atento que a razão do projeto é a visão deste escritor que muito admira e respeita os demais Membros da Comissão e que muito mais aprendeu com eles do que propriamente contribuiu.

Elucidado esse ponto, cremos que o Projeto 166 preocupou-se em demonstrar sua inequívoca índole democrática ao estampar, de plano, o compromisso com as garantias constitucionais.

Não sem outra razão, a proposta legislativa esmerou-se em trazer para o bojo do código, no limiar, enunciados de direitos fundamentais processuais civis, denotando a sua preocupação com a vinculação total e irrestrita à Constituição. É o que se pode verificar da dicção dos artigos 3º, 4º, 5º, 6º, 9º, 10 e 11.

Não se trata, por óbvio, de mera enunciação exemplificativa, mas de cumplitude, compromisso e observância aos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 3º da CRFB).

Firme nesse desiderato, ao mesmo tempo em que reconhece a necessidade de imbuir o juiz de maior poder<sup>3</sup>, por várias vezes, o projeto anuncia e repete que toda decisão judicial deve ser fundamentada (art. 93, IX, da CRFB). Há, portanto, similitude na garantia dos direitos e deveres.

<sup>3</sup> Quando se afirma que ao juiz foi conferido maior poder, a bem da verdade, quer-se dizer que a peculiaridade do caso concreto, e necessidade de se tutelar o direito, exige uma atuação do magistrado contraposta àquela vetusta ideia de neutralidade absoluta. Poder é inerente ao cargo de juiz. Tem-se poder, nem mais, nem menos. Como para nós, jurisdição é *dever*, para se desincumbir deste ônus, racionaliza-se o uso do poder de acordo com os procedimentos e, principalmente, com a peculiaridade do caso concreto. Sobre a concepção de jurisdição como dever e não poder, verificar o que escrevemos no texto intitulado “O poder do juiz: ontem e hoje”, publicado pela Revista AJURIS (2006) e no texto “A prestação da tutela jurisdicional”, publicado na Revista “Em Tempo” (2001).



Preocupado com a estrutura do código atual, versada numa época cujos valores eram reconhecidamente outros ou pertencentes a (uma) outra classe<sup>4</sup>, o Projeto 166 simplificou procedimentos, ora extirpando algumas modalidades interventivas de pouca utilidade, ora fundindo outras; eliminou incidentes desnecessários, como a ação declaratória incidental; ampliou a possibilidade de resposta e, assim, evitou a necessidade do ajuizamento da ação reconventional, entre outras medidas que visam dar verticalidade e sentido lógico ao processo.

Dentro da sua *razão* de propiciar um instrumento processual apto a conferir uma tutela jurisdicional condizente ao anseio constitucional de uma duração razoável do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, da CRFB), racionalizou o uso dos recursos. Não houve e tampouco se pretendeu impedir o direito de recorrer das decisões judiciais. Apenas se vislumbrou uma *forma* de fazê-lo dentro da lógica do razoável.

O espaço limitado deste artigo não permite uma explanação mais detalhada, mas o importante é asseverar que a *razão* do projeto ao se trabalhar com a questão recursal foi a busca do equilíbrio, em termos de tempo, entre os litigantes.

O instituto do *incidente de resolução de demandas repetitivas*, por sua vez, é um novel instrumento que poderá diminuir sensivelmente o tempo do processo, notadamente naqueles casos em que se identifica grande similitude no ajuizamento de várias demandas consideradas “idênticas”.

A tutela de urgência recebeu tratamento apropriado, ao lado das tutelas de evidência e de aparência, prescindindo-se, assim, de um “puro” processo cautelar. Em linhas gerais, próprias deste espaço que temos, foi essa a *razão* que permeou o Projeto.

<sup>4</sup> Sobre a estrutura do código de processo civil, conferir o que escrevemos no texto “A estrutura do código de processo civil: uma afronta à igualdade”, publicado nos Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI (2005).

### 3. Tutela dos direitos. *Efetividade do processo*

Ninguém mais do que LUIZ GUILHERME MARINONI<sup>5</sup> trabalhou profundamente com o tema “Tutela dos Direitos e Efetividade do Processo”. Consultá-lo é indispensável ao entendimento desse relevante e complexo tema. Parece-nos, pois, que não há como se almejar efetividade do processo sem a devida compreensão e abrangência que se deve empregar à tutela dos direitos.

Importante deixar claro que a tutela dos direitos é constituída pela própria norma de direito material. Como bem doutrina MARINONI (2004, p. 145), “As normas de direito material que respondem ao dever de proteção do Estado aos direitos fundamentais – *normas que protegem o consumidor e o meio ambiente*, por exemplo – evidentemente prestam tutela – ou proteção – a esses direitos”.

Concluindo, amparado no processualista citado, a tutela jurisdicional nada mais é do que uma modalidade de tutela dos direitos. É forçoso concluir, portanto, que há tutela do direito quando a decisão judicial reconhecer o direito material. Na hipótese de improcedência, embora se reconheça existir *prestação da tutela jurisdicional*, houve somente uma resposta do Estado, sem, contudo, prestar a tutela dos direitos.

Significa dizer, então, que a *efetividade* do processo, adstrita a uma tutela adequada, tempestiva e efetiva, deve ser pensada à luz do direito material, ou seja, na proteção que o processo tem de ser capaz de lhe conferir.

Por isso, “a tutela jurisdicional, quando pensada na perspectiva do direito material, e dessa forma como tutela jurisdicional dos direitos, exige a resposta do *resultado que é*

<sup>5</sup> É vasta e contundente a pesquisa do processualista. Entre seus trabalhos, destacam-se as seguintes obras: Técnica processual e tutela dos direitos (2004); Tutela inibitória (2003); Tutela específica (2001); Novas linhas do processo civil (2000); Efetividade do processo e tutela de urgência (1994).

*proporcionado pelo processo no plano do direito material*" (MARINONI, 2004, p. 147).

Arremata o doutrinador: "Em outros termos, para analisar a efetividade do processo no plano do direito material e, assim, sua concordância com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, é imprescindível tomar consciência das necessidades que vêm do direito material, as quais traduzem diferentes desejos de tutela" (MARINONI, 2004, pp. 147-148).

Neste ponto, todavia, faremos um corte epistemológico para direcionarmos o presente ensaio ao tema específico que pretendemos versar, como conclusão do breve trabalho. O leitor que se sentir aguçado na busca de maiores esclarecimentos sobre o real enfoque da "tutela dos direitos" sentir-se-á extremamente confortado ao consultar a obra do Professor Luiz Guilherme Marinoni, tantas vezes aqui citada, intitulada "Técnica Processual e Tutela dos Direitos".

#### *4. Tutela dos direitos. Liberdade de imprensa. Direitos da personalidade*

O processo civil está comprometido com o modelo constitucional de Estado projetado para a nação, sendo que uma de suas funções é, justamente, empregar "tutela aos direitos". Assim, apesar da aridez do tema, é imprescindível desvendar *mitos*, ou, pelo menos, colocá-los à prova, permitindo-se a discussão sem a prévia pecha da "censura".

O que se tem percebido é que toda discussão que envolva limites à imprensa e ao seu direito de informação já inicia "contaminada" pela marca da temida e insana "censura". É um discurso pronto! Uma defesa prévia – "censurado" há tantos dias! Ficam, desta forma, o tema e a sua salutar discussão reprochados no nascedouro.

Apesar da brevidade, própria de trabalho desse jaez para analisar tema de tamanha relevância, é possível desenhar alguns contornos para bem compreender o *limite* existente em todo e qualquer direito, pois sua vocação é justamente impor e respeitar "espaço".

Um ponto deveras importante, e que não pode deixar de ser considerado, reside no fato de que há direitos que só podem ser protegidos se não forem violados. É da sua essência a *não* violação.

É o que ocorre, notadamente, com o direito da personalidade, que pode ser subdividido em *direitos à vida privada, à integridade corporal, à honra, à intimidade, à imagem, ao nome* etc. As regras que tutelam esses direitos fundamentais, por óbvio, "têm o objetivo de evitar danos" (MARINONI, 2004, p. 159).

Nesses casos, a tutela é voltada contra o ilícito e não contra o dano. É vital, portanto, impedir o ilícito, já que a recomposição patrimonial (*dano*) não impede o ilícito. Sendo assim, a única forma capaz de evitar ou cessar ofensa à norma que tutela direito fundamental inviolável é a tutela inibitória.

Com efeito, "o direito à adequada tutela jurisdicional – garantido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal – corresponde, no caso de direito não patrimonial, ao direito a uma tutela capaz de impedir a violação do direito. A tutela inibitória, portanto, é absolutamente indispensável em um ordenamento que se funda na "dignidade da pessoa humana" e que se empenha em realmente garantir – e não apenas em proclamar – a inviolabilidade dos direitos da personalidade" (MARINONI, 2003, p. 298).

J. J. GOMES CANOTILHO (2004, p. 77), um dos maiores expoentes do direito constitucional, após explicitar a diferença entre direito de defesa e direito de proteção jurídica, aclara com propriedade que direito de defesa abarca um direito de prestação do Estado no dever de "conformação e adequação, pelo Estado, das relações jurídicas privadas, de modo a evitar a violação de direito, e criação de instrumentos processuais ou procedimentais adequados à defesa e garantia desses direitos".

Sendo assim, se um direito não pode ser violado, e se a própria constituição protege essa inviolabilidade, decisão judicial que dê proteção a esse direito inviolável, nos termos da lei, não pode ser considerada censura.



#### 4.1 Imprensa (ir)responsável?

*Não há poderes soberanos, neste regime. Todos os poderes são subordinados à Constituição; e, se dela exorbitam, não de voltar a ela pela força constitucional da autoridade judiciária.*

Rui Barbosa

Não se concebe, num Estado Constitucional, cidadão, órgão ou instituição pública e/ou privada imune à responsabilidade. Até porque liberdade pressupõe responsabilidade.

Toda liberdade, por mais paradoxal que possa parecer, principalmente ao senso comum, necessita de regramento. Esse limite, contudo, é em prol da liberdade do outro e, assim, de todos.

Limite não significa, portanto, censura ou ausência de liberdade. É necessário a própria liberdade. É, pois, a medida da responsabilidade. Quando a imprensa, então, é convocada pelo judiciário a cumprir a lei, não pode ser considerado como ato de censura.

Neste sentido, muito bem ponderou CONY (2009), em artigo publicado no *Jornal Folha de São Paulo*, ao afirmar que “acho exagerado o fervor de certos setores da imprensa em reclamar de processos ou de sentenças da Justiça, considerando violação de uma liberdade à qual todos têm direito, desde que não fira direito de terceiros”.

O colunista, jornalista experiente, demonstra compreensão do sistema jurídico e aplicabilidade das normas e arremata: “Afim, a imprensa não é uma vestal inatacável, acima de qualquer valor da sociedade. Ela está sujeita ao Estado de Direito, que dá liberdade a qualquer cidadão, jornalista ou não. O fato de um juiz aceitar um processo não é uma violação” (CONY, 2009).

Não se trata, e isso é preciso que fique bem claro, de se averiguar, previamente, o conteúdo que será publicado para, então, autorizar ou não. Isso, sim, seria censura.

O que se está querendo trazer à discussão é aquela situação em que a divulgação

de determinada matéria constitui ilícito civil ou até mesmo crime. Nestes casos, seria possível, em nome da liberdade de imprensa, permitir ofensa à legislação e o flagrante cometimento do ilícito cível ou penal?

Para concretizar e permitir mais clareza ao tema, imaginemos a divulgação, pela imprensa, de conteúdo investigatório em processo crime autorizado pela justiça e que, assim, esteja sob absoluto segredo.

É o caso das usuais interceptações telefônicas autorizadas pela justiça a pedido das autoridades encarregadas de apurar o cometimento ou não de ilícitos. Nessas hipóteses, a lei ordinária impõe limites e garantias a serem observados para que não ocorra ofensa indevida ao direito fundamental à intimidade que estará, momentaneamente, exposto.

Não é sem outra razão que a Lei nº 9.296/96, que regulamentou o art. 5º, inc. XII, da CRFB, estabelece os contornos legais em que tal atividade poderá ocorrer. Assim, no seu art. 8º, dispõe que será preservado o sigilo das gravações e transcrições objeto da interceptação das conversas telefônicas. Mas o legislador ordinário, sabedor que necessita salvaguardar de dano o direito fundamental inviolável, foi além e previu no seu art. 10 que a divulgação dessa matéria constituirá crime.

Parece-nos que, neste caso, ninguém, inclusive a mídia, poderá violar essa regra.

Antônio Magalhães Gomes Filho, Professor Titular de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, enfrenta com propriedade essa questão no livro publicado em homenagem ao Professor Geraldo Prado e afirma que “outro aspecto preocupante – e evidentemente ilegal e abusivo – consiste na divulgação pela mídia de elementos probatórios cobertos pelo sigilo” [sem grifo no original] (GOMES FILHO, 2010, p. 199).

Acrescenta o notável processualista ser “preciso assentar que no Estado democrático nem mesmo os direitos fundamentais

são absolutos, admitindo restrições ou limitações decorrentes da igual proteção que o próprio texto constitucional dá a outros valores essenciais à convivência humana. Assim, no caso da *liberdade de informação jornalística*, é preciso lembrar desde logo que a mesma não pode ser usada para ofender a honra ou devassar a intimidade e a vida privada das pessoas (art. 5º, X)” (GOMES FILHO, 2010, p. 198).

Soa inclusive ilógico, irracional, admitir o contrário, ou seja, que a imprensa possa violar a lei e cometer ilícito cível e penal, como se estivesse acima da legislação, bastando para tal, depois em processo indenizatório, pagar pelo mal cometido. Sinceramente não é esse o escopo do direito moderno.

### 5. A questão legislativa

Esse tema tem se revelado um problema também na legislação alienígena. O prejuízo que a divulgação das interceptações telefônicas pode causar ao sistema legal de um país é imenso. A vulnerabilidade que o cidadão fica diante desse quadro é motivo de atenção em todas as nações de índole democrática e que, bem por isso, se preocupa com o bem-estar do homem, como sujeito de direito.

Segundo informações prestadas por PINHEIRO (2010), divulgadas no CONJUR em matéria intitulada “Itália quer punir jornalista que divulgar grampo”, a legislação daquele país, se aprovada, “prevê multa e prisão para jornalistas que tiverem acesso e divulgarem conversas gravadas”. Segundo a reportagem, o projeto de lei foi aprovado na Câmara e aguarda votação no Senado.

Por seu turno, a “Corte Européia de Direitos Humanos – caso *Allenet de Ribemont*, de 1995, deixou sublinhado que o respeito à presunção de inocência impõe-se não só aos órgãos judiciários, mas a toda e qualquer autoridade pública, especialmente na sua relação com os meios de comunicação” (GOMES FILHO, 2010, p. 199).

Vislumbra-se, nessa celeuma toda, exa-geros à parte, a existência de uma “força de poder” em busca de liberdade plena, mesmo diante de prováveis prejuízos a direitos alheios. No entanto, no caso específico aqui tratado, interceptação telefônica, há uma superposição de valores que, sinceramente, nos parece excesso. Isso porque, como já frisado, não há censura, mas, sim, cumprimento da legislação, que é extremamente clara, razoável e sensível às duas questões: *liberdade de imprensa e direito à intimidade*.

De plano, temos de analisar a Constituição. Lá, nos direitos fundamentais, encontramos proteção à livre manifestação do pensamento (liberdade de imprensa) e, igualmente, garantia de proteção ao direito da personalidade, e, pois, à intimidade e à honra etc.

Por seu turno, o art. 5º, inc. XXXV, da CRFB revolucionou todo o nosso sistema jurídico ao prever a ameaça como tutela do direito e, assim, permitir que o cidadão tenha proteção adequada, especialmente, naqueles casos em que o direito se reveste do caráter da inviolabilidade. Então, é possível uma tutela para inibir o ilícito ou fazê-lo cessar.

Na vertente infraconstitucional, a questão se amolda com a mesma nitidez e alcance de efetividade. Já vimos que, no caso específico da proteção ao direito da personalidade, a lei 9.296/96, nos seus artigos 8º<sup>6</sup> e 10<sup>7</sup>, confere-lhe total proteção. Por sua vez, o artigo 153, § 1º -A,<sup>8</sup> do c-

<sup>6</sup> Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, *preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas*.

<sup>7</sup> Art. 10. *Constitui crime* realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, *ou quebrar segredo da Justiça*, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

<sup>8</sup> Art. 153, § 1º -A. Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000). Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

digo penal também tipifica como crime a divulgação do conteúdo das gravações das conversas telefônicas interceptadas.

O código civil de 2002, na mesma linha de coerência, estabelece no seu artigo 21 que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Da mesma forma, o Código de Processo Penal prescreve, no parágrafo 6º do art. 201, com a redação dada pela Lei 11.690/2008, que “o juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação.”

O Estatuto da Criança e do Adolescente também prima pela privacidade protegendo o menor, inclusive, contra ameaças. A dicção do seu artigo 98 esclarece: “As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem *ameaçados* ou violados.” O inciso V do parágrafo único do artigo 100 arremata: “V – privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada *no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada;*”

Todas essas normas de proteção ao direito fundamental à intimidade, quando ameaçadas, precisam, por óbvio, da tutela processual para que tenham sua eficácia plena respeitada. Como se vê, a própria legislação chama as autoridades a dar concretude à lei, com o escopo de impedir sua violação.

Conferindo coesão e completude à questão, o artigo 12 do Código Civil vigente expressa que “*pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei*”.

É curial, portanto, que o direito da personalidade não admite violação. Por via oblíqua, não é um direito que possa ser protegido pela tutela indenizatória ou ressarcitória, mas, sim, pela via da Ação Inibitória (art. 461 do CPC).

Na proteção do direito à personalidade, então, não se perquire dano, sequer sua iminência. O que a lei salvaguarda é o próprio direito, ou seja, que o ilícito não ocorra ou, se ocorrer, que seja imediatamente cessado sob pena de multa por descumprimento da ordem judicial (art. 461, parágrafos 4º e 5º do CPC).

Exatamente por isso, não importa saber se o fato que gerou a ofensa ao direito da personalidade seja ou não verdadeiro. O que se busca tutelar é a inviolabilidade do direito à personalidade.

Ênio Santarelli Zuliani, Desembargador da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relator no agravo nº 472.738-4, na Ação Inibitória movida pela modelo Daniella Cicarelli Lemos em face da Internet Group do Brasil Ltda., Organizações Globo de Comunicação e Youtube INC., na sua decisão, enfatizou que “não importa que seja verdade; os autores da ação querem preservar direitos tutelados pela Constituição Federal, de modo que as cenas de suas vidas privadas não podem ser mais veiculadas. O interesse do público não é mais importante que a evolução do Direito da intimidade e da privacidade e que estão sendo séria e gravemente afetados pela exploração da imagem”.

Ao contrário do que se tem afirmado em muita doutrina que não consegue mensurar a real diferença entre ato ilícito e ato danoso, o desembargador acima citado, utilizando-se da doutrina de Sérgio Cruz Arenhart (2000, p. 95), esclareceu que “na dúvida sobre o direito preponderante, o privilégio sempre há de ser da vida privada. Isso por uma razão óbvia: esse direito, se lesado, jamais poderá ser recomposto em forma específica: ao contrário, o exercício

do direito à informação sempre será possível *a posteriore*, ainda que, então, a notícia não tenha mais o mesmo impacto”.

O direito da personalidade não tolera riscos, nem exceções. Isso porque, como frisado, faz parte da dignidade da pessoa humana, centro de todas as atenções do direito num Estado que prima pela plena realização do homem, como fundamento da República Federativa (artigo 1º, inciso III, da CRFB).

No direito italiano, por exemplo, MONTELEONE (1978, p. 245), em trabalho publicado no “Foro Italiano”, admite a tutela inibitória do direito à imagem, ainda que nenhum ilícito anterior tenha sido praticado, afirmando que *“a tal fine, a tutela del diritto all’immagine del ricorrente, quando l’attività illecita non è stata ancora compiuta ma sono stati messi in atto preparativi tali da far ritenere imminente la sua commissione, o quando vi è il pericolo della sua continuazione o ripetizione, può essere adottato un provvedimento inibitorio”*.

A Pretura de Turim, por seu turno, em um interessante caso envolvendo direito da personalidade, admitiu a tutela inibitória sumária com base no art. 700, asseverando que: *“Il libero esercizio del diritto di cronaca e di critica, pur costituzionalmente garantito, non può ledere i diritti, assolutamente primari, della persona umana e della sua dignità civile e morale anche essi tutelati dal dettato costituzionale. Costituisce lesione dell’altrui prestigio e credibilità politica la distribuzione, nel corso di una campagna elettorale di volantini contenenti erronee informazioni sulla passata posizione ideologica di un leader politico, candidato alle elezioni, e idonei ad alterarne l’integrità della figura e a ingenerare negli elettori la convinzione di una sua mancanza di dignità e coerência politica. Nell’ipotesi di travisamento dell’identità politica a mezzo di volantini elettorali, può ordinarsi, con provvedimento d’urgenza, che ne venga inibita la ulteriore diffusione”* (Pretura Torino, 30 de maio de 1979 (ord.), *Giurisprudenza italiana*, 1979, p. 600).

De tudo, é forçoso reconhecer que o direito da personalidade só pode ser pro-

tegido, preservando-se a integridade da norma que lhe dá amparo. Violada a norma, o direito ficará desprotegido.

Assim, não obstante a crítica aguda apresentada por MARINONI e MITIDIERO (2010, p. 27-) de que o projeto do CPC “simplesmente ignora a basilar distinção entre ilícito e dano para efeitos de prestação da tutela jurisdicional aos direitos”, cremos que o seu conjunto, e principalmente a sua conotação constitucional, supre eventual ausência neste sentido.

### *Síntese conclusiva*

Todo direito, ainda aqueles ditos absolutos, pois invioláveis, sofre limites, por mais paradoxal que seja. Mesmo a vida, maior *status* de direito absoluto, sofre limites, como nos casos de aborto legal, legítima defesa etc.

Tanto é assim que a própria Constituição reconhece, ao afirmar na cabeça do artigo 5º, a inviolabilidade do direito à vida, proibindo a pena de morte. No entanto, neste mesmo artigo, precisamente no inciso XLVII, alínea “a”, acaba por admiti-la em caso de guerra declarada, consoante os termos do art. 84, inc. XIX.

A bem da verdade, então, não existe direito absoluto!

Por outro lado, a possibilidade de coexistirem dois direitos fundamentais em rota de colisão não autoriza que um seja aniquilado pelo outro. Neste caso, sopesa-se, pelo princípio da proporcionalidade, e, a partir da legislação ordinária que dá suporte àquela específica restrição, tutela-se preventivamente o direito passível de ser violado.

Evidencia-se ainda mais essa conclusão se levarmos em consideração, e esse dado é de suma importância, que a imprensa, ao divulgar “escutas telefônicas” proibidas pela lei, o faz servindo-se de fonte ilícita. Bem assim, como tutelar um direito originado de um ato ilícito contra aquele que se mostra dentro da mais estrita legalidade?

Tem mais!



A tutela preventiva não impõe punição. Apenas impede que o ilícito seja praticado e, assim, protege a norma. Por essa razão, não há restrição à liberdade de imprensa porque se está apenas dando proteção ao direito proclamado pelo Estado.

Seria contraditório o Estado prever leis para evitar ofensa ao direito da personalidade, como no caso da proibição de veicularem-se dados obtidos via interceptação telefônica (arts. 8º e 10 da lei 9.296/96), e, ao mesmo tempo, permitir que essa norma protetiva seja violada. O Estado que proclama direito tem o dever de protegê-lo.

Permitir ofensa a um direito para depois viabilizar indenização pecuniária ao ofendido afronta por demais a própria Constituição Federal, precisamente seu art. 5º, inc. XXXV, que garante a tutela preventiva.

Por fim, temos que a proscrição à censura não dá lugar a libertinagem. Assim como os direitos da personalidade (*direitos à vida privada, à integridade corporal, à honra, à intimidade, à imagem, ao nome* etc.) sofrem limites, haja vista a autorização para gravações de diálogos telefônicos, entre outros, igualmente a liberdade de comunicação deve ser sopesada.

Em outros termos, pensar em irrestrita liberdade de comunicação para todo e qualquer caso, com o devido respeito, é o mesmo que permitir e/ou autorizar o direito de delinquir.

O Projeto, no nosso sentir, harmoniza o texto constitucional com as normas procedimentais, buscando, principalmente, dar concretude ao direito material carente de proteção. No mais, como alertado alhures, virá com uma interpretação sempre atual e voltada para a realidade e anseios dos jurisdicionados.

### Referências

ALVES, Rubem. A complicada arte de ver. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 26 out. 2004.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CONSTITUIÇÕES brasileiras: 1988. Brasília: Senado Federal: Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999. v. 7.

CONTO, Mário de. *O princípio da proibição de retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CONY, Carlos Heitor. Liberdade de imprensa. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 20 ago. 2009.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Garantias processuais-penais e meios de comunicação. In: LIMA, Joel Corrêa de; CASARA, Rubens R. R. (Coord.). *Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 195-203.

GOMEZ, Diego J. Duquelsky. *Entre a lei e o direito: uma contribuição à teoria do direito alternativo*. Trad. por Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LIMA, Joel Corrêa de; CASARA, Rubens R. R. (Coord.). *Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994.

\_\_\_\_\_. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed., rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. *Tutela específica: arts. 461, CPC e 84, CDC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 3. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil: comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MONTELEONE, Maria. *Diritto all'immagine e provvedimenti d'urgenza*. Bologna: Foro Italiano, 1978.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezo. A prestação da tutela jurisdicional. *Em Tempo*, Marília, v. 3, p. 15-26, 2001.

\_\_\_\_\_. O poder do juiz: ontem e hoje. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 104, p. 19-33, 2006.

\_\_\_\_\_. Um novo código ou uma reforma ampla? *Gazeta do Povo*, Curitiba, 09 abr. 2010. Caderno Vida e Cidadania. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?tl=1&id=991005&tit=Um-codigo-novo-ou-uma-reforma-ampla>>.

\_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. A estrutura do código de processo civil: uma afronta

à igualdade. Congresso Nacional do CONPEDI, 14., 2005, Fortaleza. *Anais*. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2005. p. 295-296.

PINHEIRO, Aline. Itália quer punir jornalista que divulgar grampo. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 22 maio 2010. Seção Notícias. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-mai-22/italia-punir-prisao-jornalista-divulgar-escuta-telefonica>>.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 18 ed., São Paulo: Malheiros, 2002.





# A jurisprudência dos tribunais e o dever de velar por sua uniformização e estabilidade

Bruno Dantas

## Sumário

1. Considerações iniciais. 2. Segurança jurídica e Estado Democrático de Direito. 3. Os precedentes no projeto do NCPC. 4. O dever dos tribunais de velar pela uniformização e pela estabilidade de sua jurisprudência.

### 1. Considerações iniciais

O projeto do novo Código de Processo Civil (NCPC) procurou enfrentar dois dos maiores males que afligem atualmente a sociedade brasileira na seara jurídica: a fragmentação e a instabilidade da jurisprudência. Em diversos pontos, o projeto revela verdadeira mitigação do rígido modelo de *civil law* que tradicionalmente conhecemos, aproximando-nos em razoável medida da família do *common law*<sup>1</sup>.

Essa mitigação não deve ser atribuída ao acaso ou a alguma preferência exótica da Comissão de Juristas que redigiu o anteprojeto. Deveu-se, isto sim, à compreensão sedimentada entre os estudiosos do direito comparado de que também na dicotomia das grandes famílias do direito assiste razão à máxima aristotélica de que *in medio stat virtus*.

<sup>1</sup> Já analisamos com vagar esse fenômeno em nosso livro sobre repercussão geral, no capítulo em que realizamos digressão sobre a função paradigmática dos recursos (DANTAS 2010, p. 70).

Bruno Dantas é Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil pela PUC/SP, Conselheiro do CNJ e Membro da Comissão de Juristas do Senado que elaborou o anteprojeto do novo CPC. Foi Consultor-Geral do Senado Federal (2007-2011) e Conselheiro do CNMP (2009-2011). É autor, entre outras obras, de “Repercussão Geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado – questões processuais”, Ed. RT. Coordenador da Pós-Graduação em Direito Processual Civil do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

A legislação brasileira, antes repleta de conceitos herméticos, taxativos – frutos da tradição positivista que nos orientou por muito tempo<sup>2</sup> –, viu-se, em especial a partir das duas últimas décadas do século XX, inundada pelas novas técnicas de elaboração legislativa cujo desenvolvimento acompanhou o novo momento pós-positivista de nossa história<sup>3</sup>: princípios, cláusulas gerais, conceitos vagos etc<sup>4</sup>.

Se é verdade que as novas técnicas permitem que o ordenamento jurídico permaneça atualizado por mais tempo<sup>5</sup> e

<sup>2</sup> Sobre o ponto, explica Karl Engisch (1996, p. 206): “Houve um tempo em que tranquilamente se assentou a idéia de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e segurança jurídicas absolutas através de normas rigorosamente elaboradas, e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais e a todos os actos administrativos. Esse tempo foi o do Iluminismo”.

<sup>3</sup> Para uma abordagem direta e suficiente da crise do positivismo, ver o Capítulo 1 de BUENO (2008). Tratamento mais analítico pode ser encontrado na Parte I de MARINONI (2008).

<sup>4</sup> Wambier (2008, p. 61) traz um roteiro bastante útil da evolução do papel dos princípios e da caracterização do juiz como agente de concretização dos direitos fundamentais.

<sup>5</sup> Em 1976, Barbosa Moreira (1977, p. 10) já explicava esse fenômeno: “Para não enrijecer de modo exagerado a disciplina das relações sociais, dificultando a sua indispensável adaptação às mutáveis condições econômicas, políticas, culturais – cujo incessante dinamismo caracteriza as sociedades contemporâneas –, abstém-se o legislador de descer a minúcias na configuração das hipóteses de incidência, limitando-se a inserir na norma legal alguns dados genéricos ou elementos de referência, que compõem o ‘quadro’ a ser preenchido pelo aplicador da lei, mediante a utilização de padrões variáveis de acordo com as novas concepções dominantes no ambiente histórico e social. Cresce de freqüência o uso das ‘cláusulas gerais’, dos *standards* jurídicos, dos conceitos indeterminados; e em igual medida aumenta o vulto da tarefa do órgão judicial, chamado a assentar, caso por caso, por exemplo, se são ‘contrários à moral e aos bons costumes’ os atos em razão dos quais se quer privar o pai do pátrio poder (Cód. Civil, art. 395, III); ou se o locatário cumpriu a obrigação de tratar a coisa alugada ‘com o mesmo cuidado como se sua fosse’ (Cód. Civil, art. 1.192, I, *fine*); ou se o ato praticado pelo mandatário exorbitou da ‘administração ordinária’ e por isso dependia de concessão de poderes expressos e especiais no instrumento do mandato (Cód. Civil, art. 1.295, § 1º); ou se o litigante não podia ‘razoavelmente

que o Estado desempenhe com maior efetividade as tarefas advindas da ascensão do *welfare state*<sup>6</sup>, é igualmente verdade que o papel desenvolvido pelos tribunais adquire relevo antes inimaginável em sistemas de *civil law*. Daí por que, em face da ausência de experiência do Brasil no trato do novo fenômeno, é necessário conhecer soluções dos países que possuem uma construção teórica secular sobre o *papel da jurisprudência*.

Entre as muitas novidades propostas pelo projeto do NCPC, uma chama particular atenção. Trata-se do art. 847 do projeto original (art. 882 do texto final aprovado pelo Senado e remetido à Câmara dos Deputados), cujo *caput* estabelece que “os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade de sua jurisprudência”<sup>7</sup>.

desconhecer’ a falta de fundamento da pretensão ou da defesa deduzida, para que se haja de afirmar a sua responsabilidade por dano processual (Cód. Proc. Civil, art. 17, I); etc.”

<sup>6</sup> Habermas (1997, p. 173-174), dissertando sobre a “crise do Estado de direito”, assevera: “O pivô da atual crítica ao direito, num Estado sobrecarregado de tarefas qualitativamente novas e quantitativamente maiores, resume-se a dois pontos: a lei parlamentar perde cada vez mais seu efeito impositivo e o princípio da separação dos poderes corre perigo. Enquanto a administração clássica podia concentrar-se em tarefas de ordenação de uma sociedade econômica, entregue à auto-regulação econômica, ela só devia intervir, em princípio, quando a ordem garantida pelo Estado de direito e pelo direito constitucional fosse perturbada. A lei geral e abstrata, que traduz fatos típicos em conceitos jurídicos determinados e os associa a consequências jurídicas claramente definidas, tinha sido concebida em função desses casos; pois o sentido de ordem jurídica consistia em proteger a liberdade jurídica das pessoas contra intromissões de um aparelho de Estado limitado à manutenção da ordem. Tão logo, porém, a administração do Estado social foi tomada para tarefas de estruturação e de regulação política, a lei em sua forma clássica não era mais suficiente para programar a prática da administração. (...) O leque das formas do direito foi ampliado através de leis relativas a medidas, leis experimentais de caráter temporário e leis de regulação, de prognóstico inseguro; e a inserção de cláusulas gerais, referências em branco e, principalmente, conceitos jurídicos indeterminados na linguagem do legislador, desencadeou a discussão sobre a ‘indeterminação do direito’, a qual é motivo de inquietação para a jurisprudência americana e alemã”.

<sup>7</sup> Eis o dispositivo em sua integralidade: Art. 847. Os tribunais velarão pela uniformização e pela

Esse dispositivo remete a uma questão que tem sido discutida há muito tempo por processualistas nacionais renomados como Rodolfo de Camargo Mancuso (2001) e Teresa Arruda Alvim Wambier (2001): a *divergência jurisprudencial* e os seus efeitos nocivos para os jurisdicionados e para o próprio sistema jurídico. Na doutrina estrangeira, Jürgen Habermas (1997, p. 174) igualmente chama a atenção para a preocupação das jurisprudências americana e alemã relativas à chamada “indeterminação do direito”.

Esse ponto de discussão tem revelado que a moderna metodologia do direito aponta para questões cada vez mais sofisticadas. Karl Larenz (1966, p. 154), em meados do século passado, já afirmava que “ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das leis nada mais envolva do que a inclusão lógica sob conceitos superiores abstratamente formulados”. Sem dúvida, a hermenêutica tem sido um dos campos prediletos dos filósofos do direito desde a segunda metade do século XX.

---

estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte: I – sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante; II – os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem; III – a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados; IV – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia; V – na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas. § 2º Os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria.

O jusfilósofo alemão Robert Alexy aponta pelo menos quatro razões para justificar o fato de que em um grande número de casos a afirmação normativa singular que expressa um julgamento envolvendo uma questão legal não é meramente a conclusão lógica derivada de formulações de normas pressupostamente válidas, tomadas junto com afirmações de fatos comprovada ou pressupostamente verdadeiros, o que rompe com o esquema clássico da lógica formal:

“(1) a imprecisão da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos entre as normas, (3) o fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, que não cabem sob nenhuma norma válida existente, bem como (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto”. (ALEXY, 2001, p. 17).

Os problemas interpretativos mencionados por Alexy são potencializados em sistemas de origem romano-germânica, que têm na lei a sua fonte primordial de direitos<sup>8</sup>. Isso em razão da possibilidade de cada juiz dar aos textos legais a interpretação que melhor lhe convenha<sup>9</sup>, embora haja autores a defender, corretamente a nosso ver, que a lei é vocacionada para uma única interpretação *correta*, dadas as mesmas condições fáticas e o mesmo momento histórico<sup>10</sup>.

No Brasil, especificamente, esse fato, combinado com a riqueza do sistema recursal vigente e a postura contumaz da

---

<sup>8</sup> Vincy Fon e Francesco Parisi, em artigo destinado a fazer análise dinâmica dos precedentes judiciais nos sistemas da *civil law*, observam que “*current theories are unable to explain why, in spite of emphasis on legal certainty and stability, the practice of Civil law systems in certain areas of the law is often characterized by instability and uncertainty. Traditional explanations focus on the lack of stare decisis (Mattei, 1988), different judicial cultures, political instability and different levels of separation of powers (Merryman, 1969)*”.

<sup>9</sup> Para uma abordagem completa sobre a questão da racionalidade da jurisprudência e o trabalho hermenêutico dos juízes, ver HABERMAS (2003, p. 241-295).

<sup>10</sup> Por todos, ver WAMBIER (2000, p. 231).

Fazenda Pública<sup>11,12</sup>, tem ensejado o asseio dos tribunais superiores, instados, mediante dezenas de milhares de *casos repetitivos*<sup>13</sup>, a uniformizar entendimentos de todos os tribunais do país.

## 2. Segurança jurídica e Estado Democrático de Direito

O princípio da segurança jurídica é um dos pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito e seu objetivo é proteger e preservar as justas expectativas das pessoas<sup>14</sup>. Ensina, a propósito, Recasens Siches (2005, p. 63):

“Debido al hecho de que el hombre se representa el futuro y se preocupa por éste, las satisfacciones actuales no son suficientes, mientras que se perciba el porvenir como incierto. Ese deseo de seguridad incita a la creación y al desarrollo de técnicas para evitar el daño que los peligros de

la Naturaleza puedan producir; para dominar las fuerzas de la Naturaleza con el fin de ponerlas al servicio regular de las necesidades humanas; para garantizar unas buenas condiciones de vida; para prevenir enfermedades y para curarlas, etc. Ahora bien, tales deseos de seguridad llevan también – y esto lo que importa subrayar aquí – a buscar el amparo del grupo social mediante normas e instituciones de Derecho positivo. En efecto, el deseo de seguridad es uno de los motivos radicales que lleva el hombre a producir *Derecho positivo*, gracias al cual pueda, hasta cierto punto, estar cierto y garantizado respecto de la conducta de los otros, y sepa a qué atenerse respecto de lo que uno pueda hacer en relación con ellos, y de lo que ellos puedan hacerle a uno”.

Denninger, citado por Habermas (2003, p. 177), afirma que os desafios do Estado Social – justificadores, em certa medida, da insuficiente regulamentação da administração do ponto de vista do direito constitucional – fazem com que se transite de “um sistema da segurança jurídica para um sistema de segurança de vantagens jurídicas”, o qual modifica e dilui a proteção jurídica dos indivíduos.

Embora a moderna doutrina subdivida o princípio da segurança jurídica em dois vetores<sup>15</sup>, para os fins deste estudo é mais útil trilhar o caminho apontado por Teresa Arruda Alvim Wambier e enxergar a expressão no sentido de *previsibilidade*<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Saulo Ramos, em palestra pronunciada na cerimônia de aniversário do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, em 13 de agosto de 1999, afirmara: “Não temos nada para impedir a prática da ilegalidade através de decisões em tese, circunstância que fez deste país o paraíso dos economistas e burocratas, grandes legisladores por portarias, fato que multiplica ao infinito as lesões individuais e os conseqüentes pedidos de socorro ao Judiciário (...) Convenhamos, porém, que a mais terrível realidade brasileira está na resistência da tecnocracia aos pronunciamentos judiciais, sobretudo os da Corte Constitucional. Agentes do governo cometem conscientemente várias inconstitucionalidades, estimulados pelo cálculo cinicamente contábil sobre quantos cidadãos lesados recorrerão ao judiciário e quantos deixarão de recorrer”. (RAMOS, 1999, p. 370-371).

<sup>12</sup> Demonstração cabal do que se afirma é o recente “Relatório 100 maiores litigantes”, elaborado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça e divulgado em março de 2011, que aponta o INSS (22,33%), a CEF (8,50%), a Fazenda Nacional (7,45%), a União Federal (6,97%) e o Banco do Brasil (4,24%) como os 5 maiores litigantes de todo o Poder Judiciário nacional.

<sup>13</sup> Atento ao novo fenômeno, o projeto do NCPC descreve e oferece disciplina jurídica para o julgamento dos *casos repetitivos*, merecendo referência os arts. 883 e 930 a 941 da versão final aprovada pelo Senado Federal.

<sup>14</sup> Conforme anota Roque Carraza, 2008, p. 41).

<sup>15</sup> O vetor *objetivo*, atinente ao princípio da irretroatividade das leis, à proibição da ofensa ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e ao direito adquirido, e o subjetivo, vinculado com o desenvolvimento teórico do princípio da proteção da confiança.

<sup>16</sup> “Entendemos que, nesse contexto que vimos nos referindo, ao longo deste item, um dos valores que não pode ser desprezado é a *segurança*, tomada esta expressão no sentido de *previsibilidade*. Trata-se de um fenômeno que produz tranqüilidade e serenidade no espírito das pessoas, independentemente daquilo que se garanta como provável de ocorrer como valor significativo. Não se trata, pois, de *segurança* da ex-

De fato, se a jurisdição tem a função de proteger direitos, especialmente os fundamentais (C.f. MARINONI, 2008, p. 137), e se o exercício da jurisdição – que no passado foi lastreado num singelo esquema de lógica formal denominado *subsunção* – passou modernamente a encerrar operação hermenêutica complexa, devido à gama de princípios constitucionais, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados a serem considerados, a *previsibilidade* que a sociedade deseja deve brotar menos da lei e mais da atuação dos juízes e tribunais.

Se, por um lado, a divergência judicial concita a dialética e estimula o desenvolvimento do direito e o surgimento de soluções afinadas com a realidade social, por outro, não pode negar seu poder de estimular a litigiosidade no seio da sociedade. Quando a mesma situação fática, num dado momento histórico, é decidida por juízes da mesma localidade de forma diametralmente antagônica, a mensagem enviada à sociedade é de que ambas as partes têm (ou podem ter) razão. Ora, se todos podem ter razão, até mesmo quem, por estar satisfeito com o tratamento jurídico que sua situação vinha recebendo, não havia batido às portas do judiciário terá forte *incentivo* a fazê-lo<sup>17</sup>.

---

pectativa de que tudo deva ficar como está” (WAMBIER, 2000, p. 57-58).

<sup>17</sup> Embora este artigo não seja o local apropriado para maiores digressões, chamamos a atenção do leitor para o fato de que economistas há muito estudam a chamada “teoria dos incentivos”. Em artigo recente de nossa coautoria, publicado no Jornal Valor, já tivemos oportunidade de ressaltar: “Em 2007, os economistas norte-americanos Leonid Hurwicz, Eric Maskin e Roger Myerson venceram o Prêmio Nobel de Economia por estabelecerem as bases da Teoria de Desenho de Mecanismos que, em linhas gerais, busca entender os incentivos com os quais se defronta um agente no momento de tomar uma decisão que afeta outros agentes e, entendendo esses incentivos, criar regras de alocação de recursos que levem todos os agentes a agirem de forma ótima, de acordo com um critério previamente estabelecido” (DANTAS, 2010). Daí ser possível concluir que, à luz da teoria dos incentivos, a divergência judicial em níveis elevados não é socialmente desejável.

Evidentemente, esse fenômeno é algo normal no exercício da jurisdição em primeiro grau. Anormal é que a divergência judicial perpassasse os tribunais, órgãos colegiados concebidos para dar trato algo mais qualificado às questões julgadas em primeiro grau. Anormal é que a divergência dos juízes de primeiro grau seja fundamentada em acórdãos conflitantes de colegiados de um mesmo tribunal, como se não existisse ali órgão uno, mas aglomerado de *sobrejuízes* com competências individuais autônomas, o que contraria o princípio constitucional da colegialidade dos tribunais.

Vale dizer, *normal* é a jurisprudência dos tribunais orientar a atuação dos juízes inferiores. *Anormal* é os tribunais oferecerem o insumo da imprevisibilidade e da insegurança jurídica para os magistrados inferiores e a sociedade em geral.

### 3. Os precedentes no projeto do NCPC

Os precedentes têm funções distintas nos sistemas do *civil law* e do *common law*<sup>18</sup>. Embora nos sistemas romano-germânicos, como o nosso, possa haver situações em que as decisões vinculam os órgãos jurisdicionais, essa não é a regra do sistema, que tem na lei a sua fonte primária de direito. Ao contrário, no *common law*, não obstante as divergências entre os sistemas inglês e norte-americano, o respeito à eficácia vinculante dos precedentes é a força motriz que dá sustentação ao sistema, em razão da ausência de normas jurídicas escritas.

Isso porque, sendo a regra do *common law* a *lex non scripta*, se cada magistrado pudesse extrair livremente a sua compreensão em torno dos costumes que cercam determinado caso, o sistema seria absolutamente caótico e imprevisível. Note-se que essa liberdade é possível nas famílias de

---

<sup>18</sup> Rodolfo de Camargo Mancuso (2001, p. 37-54) disserta sobre a natureza jurídica da jurisprudência, debruçando-se especialmente sobre o sistema da *civil law*.



*civil law* em razão de a lei *per se* trazer segurança jurídica e conter, em si própria, um conteúdo que os cidadãos podem extrair, independentemente de irem ao Poder Judiciário buscar a tutela para um determinado direito subjetivo que afirmem violado ou ameaçado. Assim, o que traz estabilidade e segurança jurídica aos países de *common law*, vez que a regra não é a lei escrita, é a obediência aos precedentes<sup>19</sup>.

A doutrina do precedente, adotada com peculiaridades nos Estados Unidos e na Inglaterra, estatui que as decisões de casos anteriores muito semelhantes a novos casos devem ser repetidas nesses últimos.

A regra do precedente, porém, não é simples e automática. Hoje já há nos países anglo-saxões duas correntes que a explicam: a *estrita* e a *atenuada*. Ronald Dworkin explica que a corrente estrita “*obriga* os juízes a seguirem as decisões anteriores de alguns outros tribunais (em geral de tribunais superiores, mas às vezes no mesmo nível de hierarquia dos tribunais de sua jurisdição), mesmo acreditando que essas decisões foram erradas” (DWORKIN, 1999, p. 30). O professor norte-americano anota que essa corrente da doutrina do precedente varia de lugar para lugar: “é diferente nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, e difere de Estado para Estado nos Estados Unidos” (Idem).

A corrente atenuada, por sua vez, exige que o juiz de alguma forma leve em consideração as decisões anteriores sobre a mesma controvérsia, statuindo que ele deve seguir tais decisões a menos que as considere erradas o bastante para suplantar

<sup>19</sup> Concorda Cândido Rangel Dinamarco (1987, p. 153-154) ao asseverar que o efeito vinculante do precedente na *common law* é ditado pela necessidade de estabilidade e segurança do direito, de modo que, onde há direito escrito, é desnecessário e mesmo desaconselhável que os tribunais estratifiquem sua orientação, trancando a dinâmica do direito, pois é legítimo que haja evolução do direito, à vista da mobilidade social, do desenvolvimento e mudanças dos valores que formaram sua interpretação.

a presunção inicial em seu favor, conforme anota Dworkin<sup>20</sup>.

Tentando fazer uma rudimentar comparação entre a doutrina do precedente dos países da *common law* e a eficácia persuasiva e vinculante da súmula do sistema brasileiro, observamos que a teoria atenuada da doutrina do precedente aponta um meio termo entre força persuasiva e vinculante da súmula. Interessante notar que o caminho ora trilhado pelo Brasil é diametralmente oposto ao que seguem os Estados Unidos e, mais recentemente, a Inglaterra.

Pode-se afirmar que, enquanto a nossa tendência é o enrijecimento dos precedentes por meio de súmula vinculante e impositiva de recursos, os norte-americanos e ingleses caminham no sentido de mitigar a eficácia vinculante dos precedentes, em busca de equilíbrio<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> “Essa doutrina atenuada pode adotar as decisões anteriores não somente de tribunais acima do juiz, ou no mesmo nível de sua jurisdição, mas também de tribunais de outros estados ou países. Obviamente, depende de quão forte se considere a presunção inicial. Uma vez mais, as opiniões variam entre advogados de diferentes jurisdições, mas também é provável que variem, numa mesma jurisdição, em muito maior grau do que a opinião sobre as dimensões da doutrina estrita. Contudo, é mais provável que qualquer juiz atribua mais importância a decisões anteriores de tribunais superiores de sua própria jurisdição, e a decisões anteriores de todos os tribunais, superiores e inferiores de sua jurisdição, e não de tribunais de outras jurisdições. Ele também pode atribuir mais importância a decisões recentes de qualquer tribunal, e não às anteriores, bem como favorecer as decisões tomadas por juízes famosos, e não por juízes medíocres, etc. Há duas décadas, a Câmara dos Lordes declarou que a doutrina estrita do precedente não exige que se adotem as decisões que ela mesma tomou no passado – antes dessa declaração, os juristas britânicos presumiam que a doutrina estrita impunha tal exigência –, mas a Câmara dos Lordes, não obstante, atribui grande importância a suas decisões passadas de instâncias inferiores da hierarquia britânica, e muito mais que as decisões de tribunais norte-americanos” (DWORKIN, 1999, p. 32).

<sup>21</sup> Esse fato é comprovável pelo que vem sendo chamada de *jurisprudence constante*, que é conceituada por Vincy Fon e Francesco Parisi (2006) como “the doctrine under which a court is required to take past decisions into account only if there is sufficient uniformity in previous case law. No single decision binds a court and no relevance is given to split case law. Once uniform case

Observa-se que há uma tendência mundial de ruptura dos esquemas jurídicos clássicos. Os países da *common law* têm manifestado uma tendência de escrituração de suas leis, tradicionalmente não escritas. Prova disso são as *Rules of Civil Procedure* da Inglaterra e o fenômeno que, nos Estados Unidos, o professor da Yale Law School Guido Calabresi chamou de *age of statutes*<sup>22</sup>. Por outro lado, os sistemas da *civil law* paulatinamente têm adotado a eficácia vinculante dos precedentes, especialmente os das supremas cortes. René David, em seu clássico sobre os grandes sistemas de direito, excursiona por sistemas da *civil law* para demonstrar que, excepcionalmente, é possível fazer-se com que se torne obrigatório para os juízes seguirem precedentes<sup>23</sup>.

law develops, courts treat precedents as a persuasive source of law, taking them into account when reaching a decision. The higher the level of uniformity in past precedents, the greater the persuasive force of case law. Considerable authoritative force therefore stems from a consolidated trend of decisions on any given legal issue". Sustentam que a doutrina da *jurisprudence constante* vem sendo aplicada na França e na Alemanha e no estado norte-americano da Louisiana.

<sup>22</sup> Essa *Era dos Estatutos*, segundo anotam William N. Eskridge, Jr. e Philip P. Frickey (2004, p. 569), tem feito com que as leis escritas "*have become the primary, dominant source of American law*", o que chamou a atenção de Guido Calabresi (1982, *passim*) para a necessidade de se garantir aos tribunais norte-americanos maiores poderes para lidar com a nova situação, assegurando-lhes a possibilidade de atualizar as leis escritas. Interessante que a proposta de Guido Calabresi, assim como a súmula vinculante brasileira, encontrou sua maior objeção no princípio da separação dos poderes. Em linhas gerais, a tese de Guido Calabresi é bem explicada por Edward J. Imwinkelreid (2005, p. 952): "*In this light, Judge Calabresi has advanced his fascinating proposal for a common law for the Age of Statutes. He argues that the courts are competent to decide whether a statute is anachronistic because it has become inconsistent with the modern legal environment, framework, landscape, or topography. The court must determine whether the statute is out-of-date. In Judge Calabresi's view, when a court reaches that determination, the court should be empowered to 'update' the statute in order to make it 'consistent with a changing world and a changing legal topography'*".

<sup>23</sup> "A autoridade do precedente liga-se, assim, na Alemanha Federal, às decisões do Tribunal Federal de Justiça Constitucional, que são, por esta razão, publicadas no jornal oficial federal (*Bundesgesetzblatt*). Ela se liga, na Argentina e na Colômbia, às decisões do

Robert Alexy (2001, p. 258) também detectou tal fenômeno, ponderando que modernamente, mesmo na Europa continental, atribui-se importância aos precedentes. Salienta que o objeto de discussão atual é a posição teórica dos precedentes, de modo que a disputa se concentra, sobretudo, na questão sobre se o precedente é ou não fonte de direitos.

Exemplo desse movimento, no Brasil, é a linha jurisprudencial gradualmente adotada pelo STF chamada de "objetivação" ou "abstração" do controle difuso de constitucionalidade. Um dos precursores dessa tendência, o Ministro Sepúlveda Pertence, já consignou em voto lançado no AgRg na Sentença Estrangeira 5.206:

"E a experiência demonstra, a cada dia, que a tendência dominante - especialmente na prática deste

Supremo Tribunal proferidas em matéria constitucional e, na Suíça, os tribunais cantonais estão igualmente vinculados pela decisão do Tribunal Federal, quando este tenha declarado inconstitucional uma lei cantonal. A autoridade do precedente é reconhecida em Portugal às decisões (assentos) proferidas pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal de Justiça logo que tenham sido publicadas no jornal oficial (Diário da República) e no Boletim do Ministério da Justiça; ela é reconhecida na Argentina às decisões do Supremo Tribunal, quando este é obrigado a pronunciar-se pela via dum recurso extraordinário; ela é igualmente reconhecida, pelo menos no que concerne às jurisdições inferiores, às decisões de unificação que podem proferir, em condições especiais, na Turquia, o Tribunal de Cassação ou o Conselho de Estado. O papel criador do direito da jurisprudência é também reconhecido oficialmente na Espanha com a noção de *doctrina legal*. Admite-se, em virtude da lei, neste país, um recurso para o Supremo Tribunal, contra uma decisão judiciária, se esta decisão violou a *doctrina legal*, isto é, a jurisprudência estabelecida por várias decisões do Supremo Tribunal. Uma noção análoga à doutrina legal espanhola é admitida em Honduras e no México, nas matérias que dizem respeito às liberdades públicas (*amparo*). De modo análogo, considera-se na Alemanha que, quando uma regra tenha sido consagrada por uma jurisprudência constante (*ständige Rechtsprechung*), ela se transforma numa regra consuetudinária, devendo ser a este título, a partir de então, aplicada pelos juízes. O mesmo não se passa na Suíça, mas as modificações da jurisprudência são, neste país, muito raras depois de o Tribunal Federal se ter pronunciado" (DAVID, 2002, p. 160-161).



Tribunal – é no sentido da crescente contaminação da pureza dos dogmas do controle difuso pelos princípios reitores do método concentrado. Detentor do monopólio do controle direto e, também, como órgão de cúpula do Judiciário, titular da palavra definitiva sobre a validade das normas no controle incidente, em ambos os papéis, o Supremo Tribunal há de ter em vista o melhor cumprimento da missão precípua de ‘guarda da Constituição’, que a Lei Fundamental explicitamente lhe confiou. Ainda que a controvérsia lhe chegue pelas vias recursais do controle difuso, expurgar da ordem jurídica a lei inconstitucional ou consagrar-lhe definitivamente a constitucionalidade contestada são tarefas essenciais da Corte, no interesse maior da efetividade da Constituição, cuja realização não se deve subordinar à estrita necessidade, para o julgamento de uma determinada causa, de solver a questão constitucional nela adequadamente contida. Afinal, não é novidade dizer – como, a respeito da cassação, Calamandrei observou em páginas definitivas – que, no recurso extraordinário – via por excelência da solução definitiva das questões incidentes de inconstitucionalidade da lei –, a realização da função jurisdicional, para o Supremo Tribunal, é um meio mais que um fim: no sistema de controle *incidenter* em especial no recurso extraordinário, o interesse particular dos litigantes, como na cassação, é usado ‘como elemento propulsor posto a serviço de interesse público’, que aqui é a guarda da Constituição, para a qual o Tribunal existe”.

Noutra ocasião, em voto proferido na Medida Cautelar no RE 376.852, ao tecer considerações sobre o regime instituído pela Lei 10.259, de 2001, para o RE interposto contra acórdãos dos juizados especiais

federais, o Min. Gilmar Mendes sustentou a mesma tese<sup>24</sup>.

Parece-nos indiscutível que, em regra, no direito brasileiro, os precedentes têm autoridade persuasiva. Rodolfo de Carmargo Mancuso (2001, p. 375), tratando

---

<sup>24</sup> “Esse novo modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). Nesse sentido, destaca-se a observação de Häberle (2001, p. 33, 49) segundo a qual ‘a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjectivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo’, dotado de uma ‘dupla função’, subjetiva e objetiva, ‘consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objetivo’. Essa orientação há muito se mostra dominante também no direito americano. Já no primeiro quartel do século passado, afirmava Triepel que os processos de controle de normas deveriam ser concebidos como processos objetivos. Assim, sustentava ele, no conhecido *Referat* sobre ‘a natureza e desenvolvimento da jurisdição constitucional’, que, quanto mais políticas fossem as questões submetidas à jurisdição constitucional, tanto mais adequada pareceria a adoção de um processo judicial totalmente diferenciado dos processos ordinários. ‘Quanto menos se cogitar, nesse processo, de ação (...), de condenação, de cassação de atos estatais – dizia Triepel (1929, p. 26), mais facilmente poderão ser resolvidas, sob a forma judicial, as questões políticas, que são, igualmente, questões jurídicas’. Triepel acrescentava, então, que ‘os americanos haviam desenvolvido o mais objetivo dos processos que se poderia imaginar’ (*‘die Amerikaner haben für Verfassungsstreitigkeiten das objektivste Verfahren eingeführt, das sich denken lässt’*) (Idem, p. 26). Portanto, há muito resta evidente que a Corte Suprema americana não se ocupa da correção de eventuais erros das Cortes ordinárias. Em verdade, com o *Judiciary Act* de 1925 a Corte passou a exercer um pleno domínio sobre as matérias que deve ou não apreciar (Cf. Griffin, 2002, p. 34). Ou, nas palavras do Chief Justice Vinson, ‘para permanecer efetiva, a Suprema Corte deve continuar a decidir apenas os casos que contenham questões cuja resolução haverá de ter importância imediata para além das situações particulares e das partes envolvidas’ (*‘To remain effective, the Supreme Court must continue to decide only those cases which present questions whose resolutions will have immediate importance far beyond the particular facts and parties involved’*) (Griffin, 2002, p. 34).”

do sistema adotado pelo Brasil, anota que nosso modelo político-jurídico tem, como matriz, a lei, que foi eleita como parâmetro para o contraste e a exigibilidade das condutas, por força do princípio constitucional da legalidade. Disso se conclui que “a jurisprudência, mesmo sumulada, não se reveste – *de lege lata* – de força coercitiva, ficando sua eficácia por conta da natural proeminência e respeitabilidade que o Tribunal emissor exerça junto às demais instâncias a ele reportadas” (Idem).

Ciente das dificuldades impostas pelo *civil law*, mas especialmente convencido da posição que os tribunais superiores ocupam na estrutura judiciária brasileira e das funções que são chamados a exercer, Arruda Alvim sustenta, com veemência, o caráter paradigmático das decisões dessas cortes:

“Conquanto a validade e a eficácia das decisões seja, normalmente, circunscrita às partes, as proferidas pelos Tribunais de cúpula transcendem o ambiente das partes, e com isto, projetam-se o prestígio e a autoridade da decisão nos segmentos, menor da atividade jurídica, de todos quantos lidam com o direito, e, mesmo em espectro maior, para a sociedade toda. (...) As decisões do Superior Tribunal de Justiça configuram o referencial máximo em relação ao entendimento havido como o correto em relação ao direito federal infraconstitucional” (Wambier, 1999, p. 38).

Já tivemos oportunidade de afirmar que o adequado desempenho da função paradigmática por um tribunal de cúpula pressupõe um requisito essencial: suas decisões devem gozar do respeito da sociedade, dos membros do próprio Poder Judiciário e dos demais órgãos da Administração Pública. Para tanto, concorrem alguns fatores como a honorabilidade dos seus membros, a legitimidade do procedimento perante a Corte, a uniformidade e estabilidade das suas decisões, entre outros. Em suma, devem

causar sensação geral de que a justiça foi feita (DANTAS, 2010, p. 78).

#### 4. O dever dos tribunais de velar pela uniformização e pela estabilidade de sua jurisprudência

Entre as principais funções dos recursos se encontra a *uniformizadora*, que se dirige à conformação de uma unidade jurídica e à garantia do respeito aos *princípios da igualdade perante a lei e da legalidade*. Em outras palavras, busca-se que haja uniformidade na aplicação e interpretação das regras e princípios jurídicos em todo o território submetido à sua vigência.

Como, modernamente, o juiz assume o papel de realizar a ordem jurídica, mediante a investigação da solução mais justa e adequada para cada caso, dando concreitude a regras e princípios que compõem o ordenamento jurídico, dessa criatividade judicial é natural que decorram interpretações conflitantes. O que não é natural, todavia, é que essas decisões conflitantes se cristalizem, ensejando a quebra do princípio da *igualdade perante a lei*.

E é a correção de distorções tais que compõe a essência da função uniformizadora dos recursos. Vale dizer, o que se persegue é a consagração de mecanismo hábil a ensejar que, no curso do processo interpretativo que precede a solução de um conflito levado ao Judiciário, haja a “prorrogação” da segurança e da estabilidade geradas no momento da edição da lei.

Veja-se bem: não se trata de afirmar que a literalidade da lei deve prevalecer. O que estamos afirmando é que essa função zela pela prevalência da *uniformidade interpretativa*, que impede ofensas à igualdade e à legalidade, de modo que a lei, que é vocacionada a ter uma única interpretação *correta*, deve receber sempre, dadas as mesmas condições fáticas relevantes ao julgamento, a mesma interpretação.

Sem essa função, estaríamos diante da produção de efeitos jurídicos os mais

diversos a partir do mesmo suporte fático relevante e da incidência da mesma norma jurídica, o que, se é tolerado hoje pelo sistema, evidentemente não pode ser considerado como a saída mais adequada.<sup>25</sup>

Outro aspecto que se afigura relevante quando a função uniformizadora da jurisprudência é observada de perto é que, ao se falar em preservação do *princípio da igualdade perante a lei* – e não são poucos os doutrinadores que sustentam essa finalidade<sup>26</sup> –, os beneficiários últimos, no caso de uma lide, são as partes processuais. Até porque, se assim não fosse, caberia a indagação: igualdade perante a lei *de quem* em comparação *com quem*?

Por óbvio, a aplicação do princípio da igualdade perante a lei ao processo de realização do direito no caso concreto importa ter como verdadeiro que a mesma regra jurídica, incidente sobre suportes fáticos suficientemente idênticos, no mesmo momento histórico, deve ensejar a produção dos mesmos efeitos jurídicos. Da mesma forma, suportes fáticos idênticos, levados ao Judiciário no mesmo momento histórico, devem ensejar a aplicação da mesma norma jurídica e, conseqüentemente, produzir os mesmos efeitos jurídicos.

Isso que destacamos não é novidade alguma. Teresa Arruda Alvim Wambier repisa esse tema incessantemente há anos, mencionando diversos exemplos práticos de violação do princípio da legalidade acarretada pela *criatividade judicial*, quando mal exercida.<sup>27</sup>

Atenta a isso, e convicta de que por vezes é necessário reafirmar o óbvio para que os operadores do direito se sintam ao

<sup>25</sup> É assim que pensa Teresa Arruda Alvim Wambier (2001, p. 13), que insistentemente afirma que “não se deve confundir a circunstância de o sistema ‘tolerar’ decisões tidas por equivocadas com o fato de que, por isso, elas estariam corretas”.

<sup>26</sup> Ver Sánchez (2002) capítulo I, item 2.

<sup>27</sup> Wambier (2001, p. 126-141) o capítulo 3, denominado “O problema do confronto de decisões”, é integralmente dedicado à análise da criatividade judicial à luz do princípio da legalidade.

menos constrangidos por descumprir o que está explicitamente escrito no texto legal, a Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto do NCPC houve por bem inserir nas disposições gerais do Título que versa sobre o processo nos tribunais um verdadeiro *guia de uniformização de jurisprudência*.

Com efeito, além do comando geral de que “os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade de sua jurisprudência”, o projeto do NCPC aprovado pelo Senado delinea caminhos para que essa determinação seja cumprida. Vejamos o teor dos incisos I a IV do art. 882:

“Art. 882(...)

I – sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante;  
II – os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;

III – a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados;

IV – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia;

(...)”

É de se notar o forte caráter pedagógico adotado pelos incisos transcritos, que utilizam expressões como “sempre que possível”, “deve orientar” e “deve nortear”, revelando nítido perfil não mandatário. Enquadram-se naquilo que Norberto Bobbio chama de *conselhos*<sup>28</sup>. Frise-se que,

<sup>28</sup> “Os imperativos (ou comandos) são aquelas prescrições que têm maior força vinculante. Esta maior força vinculante se exprime dizendo que o comportamento previsto pelo imperativo é *obrigató-*

diferentemente da disciplina do incidente de resolução de demandas repetitivas, a infração das regras previstas no art. 882 não abre caminho para o manejo da reclamação, o que reforça o caráter pedagógico ora sustentado.

À vista do perfil não mandatário que identificamos, é de se censurar a modificação ocorrida durante a tramitação do projeto no Senado Federal. Ao se incluir, no *caput* do art. 882, a fórmula limitadora “em princípio”<sup>29</sup>, entendemos que houve fragilização excessiva do comando geral do dever de velar pela uniformidade da jurisprudência dos tribunais, que merece reparo pela Câmara dos Deputados.

No mesmo diapasão, por reconhecer os efeitos deletérios da alteração do entendimento dominante nos tribunais superiores, e com o fito de exortar as cortes brasileiras a respeitar sua própria jurisprudência, o multicitado art. 882 estipula:

“Art. 882 (...)

V - na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade

---

*rio*, ou, em outras palavras, o imperativo gera uma obrigação à pessoa a quem se dirige. Imperativo e obrigação são dois termos correlativos: onde existe um, existe o outro. Pode-se exprimir o imperativo em termos de obrigatoriedade da ação-objeto, assim como se pode exprimir a obrigatoriedade em termos de comando-sujeito. Mas nem todas as prescrições, ou melhor dizendo, nem todas as proposições com as quais tentamos determinar o comportamento alheio implicam em obrigações. Há modos mais brandos ou menos vinculantes de influenciar o comportamento alheio. Aqui examinamos dois tipos que têm particular relevância no mundo do direito: os *conselhos* e as *instâncias*”. (BOBBIO, 2008, p. 96).

<sup>29</sup> A versão final aprovada pelo Senado Federal estabelece no *caput* do art. 882: “Os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte:”

de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas.

§ 2º Os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria.

A experiência jurídica é objeto jurídico da jurisprudência e esta é significativamente variável, devendo refletir a realidade factual. Segundo Giuseppe Lumia (2003, p. 9), deve “descrever o direito como ele é e como vige efetivamente em uma coletividade determinada, e não prescrever o que o direito deveria ou não ser com base em juízos específicos”. Ocorrendo dicotomia entre os fatos e a norma geral (incluindo-se a jurisprudência dominante do STF e dos Tribunais superiores), esta última deve ser modificada, pois perde a sua eficácia se não acompanha o desenvolvimento social.

No entanto, em prol da segurança jurídica, eventual modificação deve ser promovida da maneira menos impactante possível, o que justifica a modulação dos efeitos do novel entendimento, que o art. 882 visa garantir. Trata-se, sem dúvida, de um importante período de adaptação para os jurisdicionados, visto que as “as regras do jogo” teriam sido modificadas.

A alteração exige fundamentação específica, assegurando o respeito às relações já concretizadas, protegendo o direito adquirido e a coisa julgada, fazendo com que todos reconheçam o novo entendimento como legitimamente válido. Essa exigência do projeto do NCPC é importante para que se justifique racionalmente a alteração no tecido social ou na compreensão da norma interpretada, evitando-se que a mera composição do tribunal se torne elemento gerador de instabilidade jurídica.

## Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ALVIM, Arruda. A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões. In: *STJ 10 anos: obra comemorativa 1989-1999*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4. ed. rev. Bauru: Edipro, 2008.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Pesquisas Judiciárias. *Relatório 100 maiores litigantes*. Disponível em: <<http://bit.ly/hvUz00>>. Acesso em: 27 abr. 2011.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206*. Relator Ministro Sepúlveda Pertence.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar no Recurso Extraordinário n. 376.852*. Relator Ministro Gilmar Mendes.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CALABRESI, Guido. *A Common Law for the age of statutes*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.
- DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado – questões processuais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- \_\_\_\_\_; MENEGUIN, Fernando. Honorários de sucumbência recursal. *Jornal Valor*, Rio de Janeiro, 16 nov. 2010.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1996.
- ESKRIDGE, William N. FRICKEY, Philip P. *Cases and materials on Legislation: statutes and the creation of Public Policy*. Saint Paul: Thomson West, 2004.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008.
- FON, Vincy; PARISI, Francesco. Judicial precedents in Civil Law Systems: a dynamic analysis. In: *International Review of Law and Economics*, Oxford, v. 26. n. 4, p. 519-535, Dec. 2006. Disponível em: <[http://ssrn.com/abstract\\_id=534504](http://ssrn.com/abstract_id=534504)>. Acesso em: 30 abr. 2011.
- GRIFFIN, Stephen M. The age of Marubru, theories of judicial review vs theories of constitucional interpretation, 1962-2002. Paper apresentado na reunião anual da 'American Political Science Association', 2002.
- HÄBERLE, Peter. O recurso de amparo no sistema germânico de justiça constitucional. In: *Sub Judge*, n. 20/21, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.
- \_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.
- IMWINKELREID, Edward J. A more modest proposal than 'a Common Law for the age of statutes': greater reliance in statutory interpretation on the concept of interpretative intention. *Albany Law Review*, Albany, v. 68, n. 4, p. 949-971, 2005. Disponível em: <<http://www.albanylawreview.org/articles/imwinkelreid.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2011.
- LARENZ, Karl. *Metodologia de la ciencia del derecho*. Tradução de Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona: Ediciones Ariel, 1966.
- LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. As bases do direito processual civil. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- RAMOS, Saulo. Efeito vinculante de decisões dos tribunais superiores. *Revista da ESMape*, Recife, v. 4, n. 9, jan./jun. 1999.
- SÁNCHEZ, Javier López. *El interés casacional*. Madrid: Civitas, 2002.
- SICHES, Luis Recaséns. *Introducción al estudio del derecho*. 15. ed. México: Editorial Porrúa, 2006.



Triepel, Heinrich. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. *VVDStRL*, Berlin, v. 5, 1929.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. *Os agravos no CPC Brasileiro*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.





# Primeiras impressões sobre a exclusão de alguns institutos do Novo Código de Processo Civil

Bruno Freire e Silva

## Sumário

1. O Projeto de Novo Código de Processo Civil. 2. As razões de exclusão de alguns institutos processuais. 3. Nossas primeiras impressões sobre as opções legislativas. 3.1. Reconvenção. 3.2. Ação declaratória incidental. 3.3. Ação monitória. 3.4. Ações cautelares nominadas. 3.5. Agravo retido e embargos infringentes e agravo interno. 3.6. Embargos à arrematação. 4. Conclusão.

### *1. O Projeto de Novo Código de Processo Civil*

Entre os problemas enfrentados pelos usuários do Poder Judiciário e operadores do direito na atualidade se destacam a falta de efetividade e celeridade da prestação jurisdicional.

Tal problema ensejou uma série de alterações no Código de Processo Civil iniciadas em 1994 e que culminaram com a promulgação, nos últimos anos, de inúmeras leis, por meio de minirreformas setoriais.

As sementes das reformas do Código de Processo Civil, na busca de um modelo de processo efetivo, que serviram de base para todas as alterações realizadas por meio de minirreformas, foram capitaneadas, inicialmente, por uma comissão liderada pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, cujos aspectos mais importantes foram por ele assim sintetizados:

Bruno Freire e Silva é Pós-graduado em Direito Processual pela Fundação Faculdade de Direito da UFBA; Mestre e Doutor em Direito Processual pela PUC/SP; Professor do Programa de Mestrado em Direito da UNAERP (Campus Ribeirão Preto); Ex-Coordenador do Programa de Graduação em Direito da UNAERP (Campus Guarujá); Advogado em São Paulo.

- “a) localizar os pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional;  
b) adotar uma postura pragmática, sem prejuízo do rigor científico, deixando de lado divergências de ordem doutrinária ou meramente acadêmicas, valendo-se, para tanto, inclusive, de experiências anteriores;  
c) encaminhar as sugestões não em um único projeto, mas através de vários, setoriais, inclusive para facilitar a tramitação e viabilizar a aprovação no Congresso Nacional, sendo de recordar-se que um único pedido de vista poderia comprometer todo o trabalho e que os procedimentos no Parlamento, muitas vezes, também variam conforme a natureza e relevância da matéria.  
d) aproveitar a própria disposição dos artigos existentes, abrindo espaço para novos, se necessário (*v.g.*, CPC. Arts. 272/273, 460/461, 478/479), mas sem alterar a fisionomia do Código;  
e) buscar o consenso nas alterações propostas, democratizando o debate, fazendo da reforma não uma manifestação isolada da magistratura, mas uma reivindicação uníssona de todos os segmentos interessados, nela integrando foro e Universidade, professores e profissionais, juízes, advogados, defensores e representantes do Ministério Público (TEIXEIRA, 1996, p. 890).”

Como resultado desses trabalhos, concretizou-se a primeira etapa de reforma do Código de Processo Civil que, na busca de um modelo de processo efetivo, reformou esse diploma processual nos seguintes pontos: modificações na prova pericial; introdução da tutela antecipada e da tutela específica; alteração do regime de agravo de instrumento; inclusão, no sistema, da ação monitória, entre outros.

A segunda etapa de reforma do Código de Processo Civil, ainda na busca do mo-

delo de processo efetivo, veio por meio dos projetos de lei n. 3.474/2000, 3475/2000 e 3476/2000, que foram aprovados e convertidos, com algumas alterações, nas Leis n. 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002.

Entre as alterações dessa segunda fase de reforma do diploma processual, podemos destacar a exclusão do reexame necessário em algumas situações específicas, a admissibilidade de julgamento imediato de mérito pelo tribunal em casos de extinção do processo quando a causa fosse exclusivamente de direito, a admissibilidade de alienação de bens ou levantamento de depósito em dinheiro, mediante caução na execução provisória, a fungibilidade nas tutelas de urgência e a atribuição de efeito meramente devolutivo à sentença que confirmasse os efeitos da tutela antecipada.

As minirreformas do Estatuto Processual continuaram e, nos últimos anos, o fôlego legislativo por alterações ensejou a terceira etapa da reforma, mediante a promulgação de mais cinco leis, 11.187/05, 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06 e 11.280/06, que trouxeram importantes alterações ao processo civil brasileiro, como a prática de atos processuais por meios eletrônicos, o saneamento de nulidades processuais na fase recursal, o novo procedimento de cumprimento de sentença, inúmeras novidades ao processo de execução de título extrajudicial, entre outras.

Todas essas minirreformas, entretanto, além de não atingirem o objetivo de alcançar o ideal de um processo efetivo e célere, também resultaram num vigente Código de Processo Civil sem uniformidade e assistemático.

Essa falta de uniformidade e sistemática do CPC, decorrente das inúmeras reformas porque passou, justificou a nomeação pelo Presidente do Senado Federal, José Sarney, de uma comissão presidida pelo Ministro Luiz Fux, com relatoria da Professora Teresa Arruda Alvim Wambier e participação dos juristas Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho,

Bruno Dantas, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, os quais foram encarregados da elaboração do projeto de um Novo Código de Processo Civil, que resultou no PLS 166/2010, já aprovado pelo Senado e remetido à Câmara.

Apesar das críticas de que são passíveis uma obra humana, realizada em tão exíguo prazo, não se pode olvidar o mérito do trabalho desenvolvido pela comissão, que, conforme ressaltaram João Batista Lopes e Maria Elizabeth de Castro Lopes, traduz avanços em vários pontos, entre os quais destacam:

“a) destinação de livro próprio para a parte geral; b) a eficácia imediata da sentença monocrática para prestigiar o juiz de primeiro grau e assegurar maior efetividade da jurisdição; c) a exigência de observância ao contraditório no incidente de desconsideração da personalidade jurídica; d) a contagem de prazos somente em dias úteis; e) o incidente de resolução de demandas repetitivas; f) a eliminação dos embargos infringentes; g) a proibição de decisões surpresas; h) a preocupação em evitar, sempre que possível, a extinção do processo sem resolução de mérito; i) a introdução do *amicus curie*; j) a ênfase dada à principiologia processual e às garantias constitucionais do processo, etc . (LOPES; LOPES, 2011, p. 89120)”

Entre tantos avanços, inovações e modificações propostas na busca de alcançar a tão desejada efetividade e celeridade na prestação jurisdicional, já diagnosticados pela doutrina pátria, chama-nos atenção no projeto a exclusão de alguns institutos de relevância e utilidade historicamente inquestionáveis, como a reconvenção, ação monitória, ação declaratória incidental, ações cautelares nominadas, agravo retido,

embargos infringentes, agravo interno e embargos à arrematação.

Neste breve estudo, analisaremos as razões que levaram a comissão a excluir tais institutos do sistema processual, bem como nossas primeiras impressões sobre os acertos ou desacertos das opções legislativas. Vejamos.

## 2. As razões de exclusão de alguns institutos processuais

A forma de entender as razões de exclusão de alguns institutos processuais, como a reconvenção, a ação monitória, a ação declaratória incidental, as ações cautelares nominadas, o agravo retido, os embargos infringentes, agravo interno e os embargos à arrematação, é buscar a intenção e filosofia que nortearam os trabalhos da comissão.

E, numa leitura do texto do anteprojeto, constatamos que uma das premissas adotadas no trabalho foi a simplificação do sistema processual e uma preocupação maior com o acesso ao direito material, relegando o processo a meio e instrumento. Tal constatação pode ser extraída da Exposição de Motivos do Projeto:

“Há mudanças necessárias, porque reclamadas pela comunidade jurídica e correspondentes a queixas recorrentes dos jurisdicionados e dos Operadores do Direito, ouvidas em todo o país. Na elaboração desse Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais... O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo... A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe

coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa”.

A simplificação do sistema processual e o deslocamento da atenção daqueles que operarão o sistema ao direito material também são ressaltados por Arruda Alvim:

“Além disso, da estrutura do Projeto extrai-se, em primeiro lugar, a intenção de se imprimir maior organicidade e simplicidade à normativa processual civil e ao processo, com o objetivo de fazer com que o juiz deixe, na medida do possível, de se preocupar excessivamente com o processo, como se fosse um fim em si mesmo, deslocando o foco da atenção do julgador para o direito material. Com isto, pretende-se descartar uma processualidade excessiva, desvinculada do objetivo do direito material” (ALVIM NETO, 2011, p. 300).

Ora, diante de tal diretriz, é patente a redução do texto legal e, conseqüentemente, a opção legislativa de excluir do sistema processual aqueles institutos reputados como despiciendos ou que possam ser mantidos de forma mais simples no ordenamento jurídico, como ocorreu com a reconvenção, a ação monitória, a ação declaratória incidental, as ações cautelares nominadas, o agravo retido, os embargos infringentes agravo interno e os embargos à arrematação.

Pois bem. Mas quais são nossas impressões sobre as opções legislativas de exclusão de tais institutos do sistema processual?

### *3. Nossas primeiras impressões sobre as opções legislativas*

Com o fim de expor nossas impressões sobre as opções legislativas, é imperioso ressaltar, como propõe o título, que se trata de primeiras impressões, ou seja, somente com a aprovação das mudanças e algum tempo de aplicação no Novo Código de Processo Civil poderíamos dar um diag-

nóstico mais preciso sobre o acerto ou desacerto da exclusão da reconvenção, ação monitória, ação declaratória incidental, ações cautelares nominadas, agravo retido, embargos infringentes ou embargos à arrematação do sistema processual.

Vejamos, de qualquer sorte, a análise das opções legislativas de exclusão de cada instituto individualmente.

#### *3.1. Reconvenção*

O art. 315 do Código de Processo Civil estabelece que “o réu pode reconvir ao autor no mesmo processo, toda vez que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa”.

A reconvenção consiste num pedido aduzido pelo réu em petição separada da contestação, fora dos limites da demanda principal, mas relacionada a esta, que ensejará a existência de duas lides a serem solucionadas na mesma sentença pelo juiz competente para a causa. A doutrina afirma, em resumo, que se trata de um contra-ataque do réu contra o autor, um incidente processual, dentro da mesma relação processual, que amplia o objeto do litígio.

Conforme ressalva Moacyr Amaral Santos (2008, p. 231), “o réu, sem prejuízo da defesa, e até sob certo aspecto reforçando-a, poderá tomar a ofensiva. O autor poderá ter ou não ter razão, sem embargo do que poderá o réu ter, ou supor que tem, uma legítima pretensão, contra ou em relação ao primeiro, que seja juridicamente protegível, diversa da que constitui objeto da ação, e, assim, contra-atacando, pedir ao juiz que dela conheça e a declare conforme com a vontade da lei.”

Ainda valendo-se das lições de Moacyr Amaral Santos (Idem, p. 231), pode-se elencar os seguintes pressupostos para legitimidade, validade e eficácia da reconvenção: “a) que haja uma causa pendente; b) que não esteja precluso o termo de defesa nessa causa; c) que haja identidade de procedimentos; d) que a reconvenção seja conexa

com a ação ou com o fundamento da defesa; e) que o juiz tenha competência originária, ou adquirida, para conhecimento da ação e da reconvenção.”

Quanto à amplitude de aplicação do instituto, este encontra óbice nas ações cujo processo toma o rito sumário, isto é, naquelas causas relacionadas no art. 275 do vigente Código de Processo Civil, tendo em vista que nestes é possível formular pedido na contestação. Logicamente, pelo mesmo raciocínio, nas ações que tramitam nos Juizados Especiais (Lei. 9.099) e em alguns procedimentos especiais que também admitem a formulação de pedido contraposto, como nas ações possessórias e de prestação de contas, chamadas por tais motivos de ações dúplices.

Enfim, a reconvenção será excluída do sistema processual com a aprovação do PLS 166/2010 e promulgação de um novo Código de Processo Civil. Pergunta-se: tal exclusão é pertinente? Em nosso entendimento a resposta é afirmativa.

Conforme se pode observar da leitura do art. 337 do PLS 166/2010, optou-se por excluir a reconvenção, contudo, possibilitar ao réu a formulação de pedido contraposto para aduzir pretensão própria que seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa. É o que rege o referido dispositivo:

“É lícito ao réu, na contestação, formular pedido contraposto para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa, hipótese em que o autor será intimado, na pessoa do seu advogado, para responder a ele no prazo de quinze dias”.

Diante da opção legislativa, todas as ações passam a ser dúplices, ou seja, passam a admitir a formulação de pedido no bojo da contestação, eliminando-se o pedido reconvenicional e o seu procedimento.

Entendemos que tal opção legislativa é positiva, uma vez que em consonância com o espírito e a proposta de simplificação do

novo Código de Processo Civil, conforme ressalta, inclusive, a sua exposição de motivos: “Com a finalidade de simplificação, criou-se, *v.g.*, a possibilidade de o réu formular pedido independentemente do expediente formal da reconvenção, que desapareceu”.

Nessa seara, apesar de não dedicarmos um capítulo deste breve estudo aos temas, ainda merece registro, dentro desse contexto de simplificação de incidentes na resposta do réu, a necessidade de alegação das seguintes matérias nas preliminares da contestação: incorreção do valor da causa, indevida concessão do benefício da justiça gratuita e as duas espécies de exceção de incompetência.

### 3.2. Ação declaratória incidental

O vigente Código de Processo Civil prevê, nos arts. 5º e 325, a possibilidade de ajuizamento de ação declaratória incidental, para que, se eventualmente se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da causa principal, qualquer das partes possa requerer que o juiz a declare na sentença, com o fim de que a matéria se torne imutável com os efeitos ou qualidade da coisa julgada. É o que se extrai, respectivamente, dos referidos artigos:

“Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença”.

“Contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, ou autor poderá requerer, no prazo de 10 (dez) dias, que sobre ele o juiz profira sentença incidente, se da declaração da existência ou inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide”.

Como é sabido, a coisa julgada se restringe ao dispositivo da sentença, em valorização ao “princípio da demanda”, o



que é necessário para se respeitar a liberdade individual no que tange à escolha das matérias que serão objeto de decisão imutável do Poder Judiciário, além, é claro, de resguardar a imparcialidade deste.

Daí a necessidade de existência da ação declaratória incidental como prevista na lei processual, com o fim de que eventual questão prejudicial possa fazer coisa julgada na hipótese de as partes assim requererem, como autoriza o art. 470 do vigente Código de Processo Civil: “Faz, todavia, coisa julgada a resolução de questão prejudicial, se a parte o requerer (art. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide”.

Consoante ressalta Luiz Guilherme Marinoni (2007, p. 152), a ação declaratória incidental tem como função “provocar o juiz a decidir tema que seria normalmente – em função da estrutura conferida à ação pelo autor na petição inicial – examinado tão somente de maneira incidental no pronunciamento judicial”.

Na hipótese de uma questão prejudicial se tornar litigiosa no curso do processo, portanto, e uma das partes desejar que ela seja apreciada não somente como razão de decidir, mas como questão prejudicial autônoma, a formar coisa julgada, deve utilizar a ação declaratória incidental, que ensejará uma ampliação da lide pela cumulação de pedidos.

Ocorre que o PLS 166/2010, com fim de simplificação do processo, optou por excluir do sistema processual a ação declaratória incidental, conferindo ao juiz a prerrogativa de declarar por sentença, com força de coisa julgada, relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide. É o que rege o art. 19 do Projeto de Novo Código de Processo Civil:

“Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, o juiz, assegurando o contraditório, a declarará por sentença, com força de coisa julgada”.

A opção do projeto de Novo Código de Processo Civil é correta? *Data maxima venia* à nobre comissão formada pelos ilustres juristas, aqui nossa resposta é negativa, ou seja, entendemos que não foi acertada a opção legislativa. Por quê?

Porque às partes é que deve caber a definição de quais matérias serão alcançadas pela coisa julgada. A doutrina pátria corrobora essa posição e exemplifica a situação de que, se a parte não colher todas as provas que lhe interessem, possa preferir que a questão seja apreciada em outra demanda.

Paulo Henrique dos Santos Lucon, por exemplo, afirma que “apenas às partes, portanto, deve-se conferir o poder de definir quais matérias serão alcançadas pela coisa julgada. Dessa forma, propõe-se a manutenção do atual art. 5º do Código de Processo Civil no ordenamento jurídico brasileiro”.

Nesse diapasão, entendemos que, no que tange à ação declaratória incidental, não foi acertada a opção legislativa de excluí-la do sistema processual. A intenção de evitar a propositura de novas demandas, com a inclusão forçada na coisa julgada de matérias não postuladas pelos jurisdicionados, parece-nos violar o “princípio da demanda”, atualmente esculpido nos arts. 128 e 460 do vigente Código de Processo Civil.

Assim, nossa primeira impressão sobre a questão é pela manutenção da ação declaratória incidental, como prevista nos arts. 5º e 325 do vigente Código de Processo Civil.

### 3.3. Ação monitória

Na busca de simplificação e organicidade às regras do processo civil brasileiro, para maior coesão do sistema, o projeto de Novo Código de Processo Civil extinguiu muitos procedimentos especiais, mantendo-se a ação de consignação em pagamento, a ação de prestação de contas, a ação de divisão e demarcação de terras particulares,

<sup>1</sup>Texto apresentado na audiência pública realizada em São Paulo, gentilmente cedido pelo Professor da Universidade de São Paulo.

inventário e partilha, embargos de terceiro, habilitação, restauração de autos, homologação de penhor legal e ações possessórias.

Não há dúvida que muitas características consideradas peculiares aos procedimentos especiais no passado, com as inúmeras reformas por que passou o vigente Código de Processo Civil, deixaram de ser exclusivas de tais procedimentos, o que, de fato, retirou-lhes o caráter de especial, a exemplo do sincretismo processual, a justificar a opção legislativa do projeto do Novo Código de Processo Civil.

Nessa opção legislativa, entretanto, preocupa-nos a decisão de excluir do sistema a ação monitória, por tudo que ela representa tanto historicamente como no direito comparado.

O procedimento monitório foi introduzido no sistema processual brasileiro pela Lei 9.075/1995, que o incluiu no Livro IV, Título I, do Código de Processo Civil, capítulo XV – Da ação Monitória, nos arts. 1.102- A a 1.102-C.

Tal processo resulta da conjunção de atos de cognição e execução e possui técnica própria, consistente na inversão do contraditório e estrutura procedimental diferenciada. Conforme o texto legal supracitado, a ação tem como fundamento prova de cunho exclusivamente documental e como finalidade o recebimento de crédito, entrega de bem móvel determinado ou coisa fungível.

Segundo Antonio Carlos Marcato (2005, p. 286), “o processo monitório tem suas raízes no procedimento do *mandatum de solvendo cum clausula iustificata* (ou *praeceptum executivum sine causae cognitione*), inspirado no procedimento canônico da *summaria cognitio*, que tinha por objetivo a abreviação da duração dos processos.”

Procedimento similar ao *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa* pode ser encontrado nas Ordenações Manoelinas e Filipinas, consistente na ação de assinatura de 10 dez dias ou ação decendiária. Conforme afirma José Rogério Cruz e Tucci, tal ação (1996, p. 36) “poderia ser ajuizada pelo credor para haver do devedor quan-

tia certa ou coisa determinada, conforme provasse escritura pública ou alvará feito e assinado”.

A ação decendiária também foi tratada, na época das codificações processuais estaduais, pelo Código de Processo Paulista, no capítulo XVIII de seu livro V, “Do processo Especial”, entre os arts. 767 e 771.

Mais do que o viés histórico, preocupa-nos a opção legislativa de excluir tal ação de nosso sistema processual, diante da popularidade que possui no direito comparado. Não podemos olvidar a existência da *injonction de payer* do direito francês, o procedimento *d’ingiunzione* italiano, o *Mahnverfahren* alemão, o *Mandatsverfahren* austríaco, o *Dwangbevelprocedure* holandês, entre outros.

Não sabemos se a opção legislativa foi fundada em dados estatísticos no que tange à utilização de tal instituto e, de qualquer sorte, também não os temos. A crítica, entretanto, quanto à manutenção da ação monitória é que, em nosso sistema, na quase totalidade das ações, há oposição de embargos monitórios, o que tem o condão de transformar o rito especial num procedimento ordinário.

Ora, por que em vez de excluir essa técnica sumária de tutela jurisdicional do sistema processual não alteramos o seu perfil para que possa efetivamente trazer celeridade e efetividade à prestação jurisdicional?

Por exemplo, por que em vez de excluir a ação monitória do sistema processual o projeto de Novo Código de Processo Civil não copia o modelo italiano, que autoriza, quando da oposição de embargos e necessária observação do procedimento ordinário, a execução provisória mediante prestação de caução pelo autor?

Em suma, não concordamos com a exclusão da ação monitória. A opção de manutenção da ação monitória no sistema processual poderia ser realizada e fortalecida, outrossim, com a redução do rol dos títulos executivos, cuja quantidade, em comparação com outros países como a Itália, é bastante extensa.

### 3.4. Ações cautelares nominadas

Na conclusão da exposição de motivos do novo Código de Processo Civil, a comissão conclui que “em suma, para a elaboração do Novo CPC, identificaram-se os avanços incorporados ao sistema processual preexistente, que deveriam ser conservados. Estes foram organizados e se deram alguns passos à frente...”.

No âmbito da tutela de urgência, essa correta diretriz é facilmente percebida. O PLS 166/2010 aprimorou as inovações inseridas pelas reformas processuais no Código de Processo Civil vigente e as sistematizou de forma mais abrangente.

E, mais, ainda foi mais longe com a adoção de posições revolucionárias que atenuam a função instrumental da tutela cautelar, a exemplo do que ocorre na Itália, França e Alemanha. É o que se pode constatar da leitura dos parágrafos 2º do art. 288 e 2º e 3º do art. 289 do projeto de Novo Código de Processo Civil, *in verbis*:

“Concedida a medida em caráter liminar e não havendo impugnação, após sua efetivação integral, o juiz extinguirá o processo, conservando a sua eficácia”.

“A apresentação do pedido principal será desnecessária se o réu, citado, não impugnar a liminar”.

“Na hipótese prevista no parágrafo 2º, qualquer das partes poderá propor ação com o intuito de discutir o direito que tenha sido acautelado ou cujos efeitos tenham sido antecipados”.

Conforme já dito, essa atenuação da instrumentalidade das cautelares, para que o litígio seja finalizado com a tutela jurisdicional dada nessa seara, já é uma realidade vivenciada no direito comparado. Alberto José Lafuente Torralba, referindo-se ao direito italiano, ressalva que:

“No obstante, en los últimos años se ha venido produciendo en Itália una revisión de estos planteamientos, bajo la presión insoslayable de una

administración de justicia cada vez más desbordada y de la creciente dilatación de los procesos. Esta apremiante coyuntura ha impulsado una nueva evolución de la tutela cautelar, tan radical que conmueve los mismos principios que la inspiran. En efecto, se ha buscado en las medidas cautelares un revulsivo para aliviar el atasco de los tribunales y agilizar la actividad jurisdiccional: han dejado de ser meros instrumentos del proceso declarativo, para emanciparse de él y convertir-se en una alternativa al mismo, más rápida y de resultados más inmediatos (TORRALBA, 2008, p. 78).

Nesse sentido Proto Pisani (1998, p. 8) entende que as medidas cautelares podem assumir não somente a função de garantir a efetividade da tutela jurisdiccional, mas também uma função de economia processual, evitando que a adoção da medida deva acompanhar sempre e necessariamente, sob pena de ineficácia, um processo de cognição plena. Tal posição está em consonância com a opção legislativa dos parágrafos segundo dos artigos 288 e 289 do projeto de Novo Código de Processo Civil.

No que tange ao parágrafo 3º do art. 289 transcrito, além de sua semelhança com o art. 669-*octies*, parágrafo sexto, do Código de Processo Civil Italiano, também merece destaque a sua sintonia com o instituto *référé* do direito francês e a *Leistungsverfügung* do alemão, técnicas que flexibilizam a relação entre a tutela de mérito e a tutela cautelar, no sentido de dar autonomia a esta última como forma de ela poder ensejar uma solução definitiva ao processo, para acelerar a prestação jurisdiccional e prestigiar o princípio da economia processual.

Essa técnica que atenua a instrumentalidade da ação cautelar e transfere o ônus da propositura da ação principal para ambas as partes litigantes, sob pena de a prestação jurisdiccional dada provisoriamente naquela solucionar o litígio, enseja uma situação

peculiar referente à parte contra quem é deferida a liminar. Por estar numa situação de sujeição processual, em tese ela é quem tem o maior interesse em propor a ação principal, com o fim de que a decisão liminar possa ser cassada com uma decisão final de mérito. Consequentemente, passando a parte ré a ser autora da ação principal, passará a ter o ônus de provar a inexistência de um direito aferido superficialmente no plano do *fumus boni iuris* para tutela da parte contrária.

Enfim, o PLS 166/2010 demonstra uma postura vanguardista e revolucionária, em sintonia com opções legislativas já adotadas nos ordenamentos jurídicos italiano, francês e alemão, que atenuam a instrumentalidade da tutela cautelar, conferindo-lhe autonomia para solucionar a lide.

A despeito da revolucionária alteração realizada em consonância com o direito comparado, um pequeno detalhe na sistematização merece atenção e reparo. Trata-se do *caput* do art. 283 do projeto, que rege: “Para a concessão da tutela de urgência, serão exigidos elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação”.

Na tentativa de sistematização das espécies de tutela de urgência, tal dispositivo olvida que a tutela cautelar e a tutela antecipada possuem requisitos distintos para o seu deferimento. Enquanto para concessão da tutela cautelar, tendo em vista sua natureza instrumental, basta a plausibilidade ou o *fumus boni iuris*, a tutela antecipada, por sua natureza satisfativa, exige uma forte probabilidade da existência do direito.

Essa questão técnica não passou despercebida pela doutrina mais atenta. Entre as dez sugestões ao projeto PLS 166/2010 formuladas por João Batista Lopes e Maria Elizabeth de Castro Lopes, destaca-se a nona:

“Deve ser alterada a redação do art. 283 do Projeto, uma vez que a tutela de urgência é espécie, de que cons-

tituem subespécies a tutela cautelar e a tutela antecipada. Consagrou-se o entendimento doutrinário no sentido de que para a tutela cautelar é bastante a plausibilidade ou o *fumus boni iuris*, enquanto para a tutela antecipada se exige a forte probabilidade da existência do direito. O artigo em questão, porém, alude unicamente à plausibilidade como requisito para obtenção da tutela de urgência, sem fazer distinção entre as duas subespécies mencionadas (LOPES; LOPES, 2010, p. 167).”

A despeito dessa necessária pequena retificação na redação do projeto PLS 166/2010 no que tange à seção “Da Tutela de Urgência e Cautelar Satisfativa”, muito mais importante para os propósitos do presente trabalho é analisar a eliminação das cautelares nominadas.

Conforme justifica a exposição de motivos do projeto de Novo Código de Processo Civil, “extingiram-se também as ações cautelares nominadas. Adotou-se a regra no sentido de que basta à parte a demonstração do *fumus boni iuris* e do perigo de ineficácia da prestação jurisdicional para que a providência pleiteada deva ser deferida”.

Diante da tendência do direito processual pátrio de expansão das medidas cautelares e de urgência, *a priori* não se justificaria a manutenção de procedimentos cautelares típicos, diante do aumento dos poderes do juiz e, consequentemente, da liberdade deste para decidir casuisticamente sobre a existência dos requisitos da tutela cautelar.

A opção legislativa, pois, dentro do contexto de simplificação proposto pela comissão, parece-nos acertada, com ressalva quanto aos procedimentos de arresto e sequestro, que poderiam ser mantidos no Código, com os seus requisitos específicos. Preocupa-nos, nessas situações que exigem requisitos específicos e ensejam situações de sujeição e restrição ao direito de propriedade da parte, a possibilidade de excessos

com o aumento do poder discricionário conferido ao julgador.

### 3.5. Agravo retido e embargos infringentes e agravo interno

No tocante ao sistema recursal, a opção pela simplificação pode se extraída da Exposição de Motivos do projeto de Novo Código de Processo Civil: “Bastante simplificado foi o sistema recursal. Essa simplificação, todavia, em momento algum significou restrição ao direito de defesa. Em vez disso deu, de acordo com o objetivo tratado no item seguinte, maior rendimento a cada processo individualmente considerado.”

A necessidade de rendimento de cada processo é enaltecida com propriedade por Teresa Arruda Alvim Wambier, relatora do projeto de Novo Código de Processo Civil:

“Quer-se um processo que renda: um processo de resultados. Que renda em si mesmo e que renda para a sociedade. Que renda, no sentido de proporcionar o máximo de aproveitamento da atividade do Poder Judiciário, vista como um todo. Há várias técnicas para se fazer com que um processo renda mais em si mesmo. Pode-se, por exemplo, criar a regra de que a coisa julgada abranje também as questões prejudiciais. Mas há maneiras de se atingir este objetivo por meio do sistema recursal, fazendo-se com que este sistema flua. De fazer com que recorrer seja ‘subir uma escada’ e não ‘subir uma duna de areia’ (WAMBIER, 2010, p. 276)”.

Nesse contexto de simplificação e rendimento do processo e do sistema recursal, o PLS 166/2010 optou por excluir do sistema processual o agravo retido e os embargos infringentes. Pergunta-se: a opção é acertada? Parece-nos que sim. Vejamos cada recurso separadamente.

No que tange ao agravo retido, conforme pondera a exposição de motivos do

projeto de Novo Código de Processo Civil, “duas teses podem ser adotadas com vistas ao controle das decisões proferidas pelo juiz no decorrer do processo em primeira instância: ou, a) não se proporciona recurso algum e os litigantes poderão impugná-las somente com o recurso cabível contra o julgamento final, normalmente a apelação, casos estes em que não incidirá preclusão sobre tais questões, ou, b) é proporcionado recurso contra as decisões interlocutórias (tanto faz que o recurso suba *incontinenti* ao órgão superior ou permaneça retido nos autos do processo) e ficarão preclusas as questões nelas solucionadas caso o interessado não recorra” (Aragão, E. M. *Reforma Processual: 10 anos*, p. 210-211).

No Código vigente, a opção é pela letra “b”, conforme se pode constatar da leitura de seu art. 522: “Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento”.

Ocorre que a modalidade de agravo retido foi eliminada do sistema processual pelo projeto de Novo Código de Processo Civil, com alteração da opção legislativa para a letra “a” como tese adotada para sua modalidade.

Tal recurso está atualmente regulado no art. 523 do vigente Código de Processo Civil, que dispõe: “Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o Tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação”.

Apesar de o agravo retido ser interposto no momento de prolação da decisão interlocutória, somente é apreciado quando do julgamento da apelação. O objetivo do recurso, pois, consiste apenas na demonstração de inconformismo tempestivo contra decisão, com o fim de que não haja preclusão e a matéria seja apreciada posterior-



mente. Diante do novo regime, o momento de julgamento será o mesmo, alterando-se apenas o momento da impugnação.

Como um dos principais objetivos da reforma consiste na simplificação do processo, basta alterar o regime das preclusões para se eliminar o recurso de agravo retido, sendo a matéria apreciada em sede de apelação. E foi o que propôs acertadamente a reforma, mantendo apenas o recurso de agravo de instrumento para as “hipóteses de concessão, ou não, de tutela de urgência; para as interlocutórias de mérito, para as interlocutórias proferidas na execução (e no cumprimento de sentença) e para todos os demais casos a respeito dos quais houver previsão legal expressa”, como ressalva a exposição de motivos.

Em nosso entendimento, a opção legislativa é acertada e, como propõe a comissão, faz o processo render. O sistema de irrecorribilidade de decisões interlocutórias já existe em nosso ordenamento jurídico na seara do processo do trabalho, como se depreende do art. 893, parágrafo 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>2</sup>. Poder-se-ia até ir um pouco mais longe, como o faz a lei trabalhista, que adota a irrecorribilidade de qualquer decisão interlocutória, mas aí voltaríamos a ter uma enxurrada de mandados de segurança, como já ocorreu no passado, na época em que o agravo de instrumento não possuía efeito suspensivo, quicá se este não fosse sequer previsto...

Os embargos infringentes, recurso cabível contra acórdão não-unânime proferido no julgamento de apelação ou ação rescisória com o objetivo de fazer prevalecer o voto vencido, merecem análise mais pormenorizada das vantagens ou desvantagens de sua exclusão do sistema processual, haja vista o intenso debate existente na doutrina pátria sobre a sua utilidade.

<sup>2</sup> Art. 893, parágrafo 1º, da CLT: “Os incidentes do processo são resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recursos da decisão definitiva”.

Não é a primeira vez que se cogita a eliminação do instituto. Nos estudos anteriores à promulgação do Código de Processo Civil de 1973, no item 5 da exposição de motivos do Anteprojeto Buzaid, constava que “a existência de um voto vencido não basta por si só para justificar a criação do recurso; porque pela mesma razão se deve admitir um segundo recurso de embargos sempre que no novo julgamento subsistir um voto vencido; por esse modo poderia arrastar-se a verificação do acerto da sentença por largo tempo, vindo o ideal de justiça a ser sacrificado pelo desejo de aperfeiçoar a decisão”.

Independentemente da capacidade ou não de os embargos infringentes contribuir para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, o fato é que o instituto surpreendentemente apareceu no art. 530 do vigente Código de Processo Civil com a seguinte redação: “Cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência”.

As limitações ao instituto, entretanto, voltaram à tona na segunda etapa da reforma do Código de Processo Civil, com a restrição de suas hipóteses de cabimento por meio da Lei 10.352/2001, que alterou o art. 530 do vigente Código de Processo Civil, o qual passou a ter a seguinte redação: “Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente a ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão distribuídos à matéria objeto da divergência”.

Essas restrições ao cabimento dos embargos infringentes culminaram com a proposta de sua exclusão do sistema recursal pelo PLS 166/2010, opção legislativa que reputamos acertada, diante das inúmeras questões polêmicas que envolvem a correta interposição do recurso e sua relação com os recursos especiais e extraordinários.



A necessidade de esgotamento das instâncias ordinárias para o cabimento dos recursos especial e extraordinário, por exemplo, é exigência das súmulas 281 do STF (“é inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”) e 207 do STJ (“é inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem”). Por outro lado, como é sabido, os tribunais superiores têm decidido que a oposição de embargos infringentes, quando incabíveis, não têm o condão de interromper o prazo para interposição dos recursos excepcionais.

Esse panorama de incerteza jurídica foi corretamente diagnosticado por Luiz Guilherme Aida Bondioli (2009, p. 60):

“Em situação de dúvida quanto ao cabimento de embargos infringentes, qualquer comportamento adotado pela parte é extremamente arriscado. Por um lado, se deixa de opor embargos, corre o risco de ver seu recurso especial ou extraordinário trancado com fundamento nas Súmulas 281 do STF e 207 do STJ, na hipótese de as instâncias superiores entenderem que tais embargos eram cabíveis. Por outro lado, se apresenta os embargos infringentes, também se arrisca a ter seu recurso especial ou extraordinário indeferido, agora sob o argumento da intempestividade, caso os embargos anteriormente apresentados sejam considerados incabíveis”.

Ora, não é possível que o jurisdicionado conviva com essa insegurança jurídica e, nesse diapasão, entendemos acertada a opção legislativa adotada pelo projeto de Novo Código de Processo Civil, que exclui os embargos infringentes do sistema recursal brasileiro.

Por fim, no que tange ao agravo interno, parece-nos que a opção legislativa é inconstitucional. Delegar a um único magistrado a apreciação de um recurso cuja competência para julgamento, pelo texto da Constituição

Federal, pertence a um colegiado, limitando a prestação jurisdicional dada àquele que busca se valer do duplo grau de jurisdição é privá-lo de um direito assegurado pela Carta Magna.

### 3.6. Embargos à arrematação

Na seara da execução, dentro do escopo do presente estudo, merece reflexão a eliminação dos embargos à arrematação, atualmente positivada no art. 746 do vigente Código de Processo Civil: “É lícito ao executado, no prazo de cinco (5) dias, contados da adjudicação, alienação ou arrematação, oferecer embargos fundados em nulidade da execução, ou em causa extintiva da obrigação, desde que superveniente à penhora, aplicando-se, no que couber, o disposto neste Capítulo”.

O único meio de impugnação contra a arrematação, por qualquer irregularidade que possa torná-la nula, passa a ser a ação anulatória. Nesse sentido são as lições de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2010, p. 161):

“O projeto suprime a possibilidade de embargos à arrematação. Depois de expedida a carta de arrematação ou a ordem de entrega, o executado só poderá se voltar contra ela mediante ação própria, na qual o arrematante figurará como litisconsorte necessário (art. 826, parágrafo 3º). A ação própria para tanto é a ação anulatória (art. 894, Projeto)”.

Aliás, o próprio texto da exposição de motivos já remete o jurisdicionado para tal solução: “Foram extintos os embargos à arrematação, tornando-se a ação anulatória o único meio de que o interessado pode valer-se para impugná-la”.

A ação anulatória está prevista no art. 894 do projeto de Novo Código de Processo Civil e a possibilidade de anulação dos atos homologatórios praticados em sede do processo de execução está no seu parágrafo único, *in verbis*:

“Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros

participantes do processo e homologados pelo juízo estão sujeitos à anulação, nos termos da lei. Parágrafo único. São anuláveis também atos homologatórios praticados no curso do processo de execução”.

Como não há qualquer prejuízo ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, restando à parte a via da ação anulatória como forma de acesso à prestação jurisdicional para tutela de eventual direito de propriedade violado na seara da arrematação, reputamos como acertada a opção legislativa como forma de simplificação do sistema processual. Restará ao jurisdicionado, apenas, o ônus de arcar com as custas da ação e os riscos de eventual sucumbência.

#### 4. Conclusão

O projeto de novo Código de Processo Civil constitui uma obra valiosa, fruto de reconhecido labor dos ilustres juristas que formaram a comissão nomeada para a importante missão. O seu Presidente, Luiz Fux, com muita propriedade asseverou:

“Essas são as principais inovações do anteprojeto do novo Código de Processo Civil, fruto do labor dos homens que compuseram a comissão e que nutriram a sensação de que os novos tempos reclamam novos direitos, de que é possível recomeçar várias vezes na mesma vida, de que é saudável sonhar o sonho de justiça, mas é impossível, como entreviu Fernando Pessoa: ‘Servir à sua época e a todas as épocas ao mesmo tempo; ou escrever para homens e Deuses o mesmo poema’ (FUX, 2011, p. 24).

As inovações trazidas pelo projeto já são objeto de intensa discussão na doutrina. Procuramos, neste breve ensaio, expor nossa opinião sobre os institutos que foram excluídos do sistema processual.

Diante da proposta de simplificação do processo, entendemos como acertada a

opção legislativa de eliminação da reconvenção, do agravo retido, dos embargos infringentes e embargos à arrematação. Quanto ao agravo interno, a sua extinção nos parece estar eivada de inconstitucionalidade, pelo fato de a Constituição Federal assegurar um julgamento colegiado ao jurisdicionado que busca exercer o duplo grau de jurisdição.

No que tange à ação declaratória incidental e à ação monitória, pensamos que tais institutos poderiam ser mantidos no sistema processual. O primeiro por ser um direito das partes escolher quais matérias prejudiciais poderão ser abrangidas pelo manto da coisa julgada no litígio e não uma imposição do Poder Judiciário, diante do “princípio da demanda”. A segunda, por ser um procedimento sumário de relevante utilização no direito comparado, que poderia ter alterada a tramitação para admitir a execução provisória quando o procedimento se tornasse ordinário, como ocorre na Itália.

Quanto à eliminação das ações cautelares nominadas, nosso entendimento é no sentido de manter os procedimentos de arresto e sequestro, tendo em vista os requisitos específicos inerentes a tais institutos e a sujeição e ônus imposto à parte que sofre os seus efeitos, com incidência e limitação do direito constitucional de propriedade. Preocupa-nos o aumento de poderes discricionários dos juízes nessas situações.

Por fim, é imprescindível registrar mais uma vez que se trata de “primeiras impressões”. Logicamente, somente o tempo dirá se as opções legislativas de exclusão de tais institutos do sistema processual foram acertadas ou não.

#### Referências bibliográficas

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Notas sobre o projeto de novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, n. 191, jan. 2011.

- BONDIOLI, Luiz Guilherme. Reflexões em torno do cabimento dos embargos infringentes. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 173, ano 34, p. 54-94, jul. 2009.
- FUX, Luiz. O novo processo civil. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *O novo processo civil brasileiro: Direito em expectativa* (reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro Lopes. Novo código de processo civil e efetividade da jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 188, ano 35, out. 2010.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Pontos polêmicos na reforma. *Tribuna do Direito*, São Paulo, ano 18, n. 215, mar. 2011.
- MARCATO, Antonio Carlos. Procedimentos especiais. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- \_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e proposta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- PISANI, Andrea Proto. Per l' utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale. *Il foro Italiano*, v. 8, jan. 1998.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- TORRALBA, Alberto José Lafuente. La evolución de la tutela cautelar. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 156, ano 33, fev. 2008.
- TUCCL, José Rogério. Ação monitória. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recursos como forma de fazer 'render' o processo no projeto 166/2010. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 189, ano 35, nov. 2010.

# Os deveres-poderes do juiz no Projeto de Novo Código de Processo Civil

Bruno Garcia Redondo

## Sumário

1. Introdução. 2. Observância da Constituição. 3. Princípios norteadores da atividade do juiz. 4. Ampla defesa e contraditório efetivos. 5. Isonomia substancial. 6. Fundamentação (motivação) adequada. 7. Vedação ao *non liquet* e julgamento por equidade. 8. Dispositivo, adstrição, correlação, correspondência ou congruência. 9. Dever-poder geral de antecipação e de cautela. 10. Prevenção e correção de defeitos processuais e busca pela resolução de mérito. 11. Deveres-poderes instrutórios. 12. Distribuição dinâmica do ônus da prova. 13. Prova ilícita. 14. Isonomia dos julgamentos, alteração de jurisprudência e modulação de efeitos. 15. Fungibilidade. 16. Adaptabilidade do procedimento. 17. Conclusão.

## 1. Introdução

Bruno Garcia Redondo é Mestrando em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-Rio. Pós-Graduado em Advocacia Pública pela ESAP (PGERJ/UERJ-CEPED). Pós-Graduado em Direito Público e em Direito Privado pela EMERJ (TJRJ/UNESA). Professor de Direito Processual Civil da PUC-Rio, da UFF, da UERJ, da ESA (OAB/RJ), da FESUDEPERJ, da AMPERJ, do CEPAD, do CEDJ, da ABADI e do IMP/MT; dos Cursos Foco, IAJ e IESAP. Professor convidado na EPD. Secretário-Geral da Comissão de Estudos em Processo Civil da OAB-RJ. Procurador da OAB/RJ. Advogado.

No fim do ano de 2009, o Senado Federal instituiu notável Comissão de Juristas<sup>1</sup> encarregada de elaborar Anteprojeto de

<sup>1</sup> A *Comissão de Juristas* encarregada de elaborar o Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil foi instituída em 30.09.2009 por meio do Ato 379/2009 do Presidente do Senado, José Sarney, tendo a seguinte composição: Min. Luiz Fux (Presidente), Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora-Geral), Adroaldo Furtado Fabrício, Bruno Dantas, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.

Novo Código de Processo Civil, com o objetivo de substituir o Código de 1973 a fim de adequar a legislação processual à realidade da sociedade e das demandas cíveis do século XXI.

Após a realização de diversas Audiências Públicas – ocasião em que, inclusive, fizemos uso da palavra<sup>2</sup> – pelas principais cidades brasileiras – que tiveram por objetivo obter sugestões da sociedade relacionadas ao Direito Processual Civil –, a versão oficial do Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas veio a ser protocolada no Senado Federal em 08.06.2010, onde passou a tramitar como o PLS 166/2010.

Em agosto de 2008, durante a tramitação do PLS 166/2010 no Senado, foi instituída Comissão Temporária de Reforma do Código de Processo Civil<sup>3</sup>, com a missão de elaborar tanto um Relatório consolidando as propostas constantes de todos os demais Projetos de Lei – que se encontravam em trâmite naquela Casa Legislativa – cujos objetivos fossem promover alterações sobre o Código de Processo Civil de 1973, quanto um Substitutivo ao PLS 166/2010 que viesse a adequar o Projeto a essas demais

propostas legislativas e às propostas da sociedade colhidas em novas Audiências Públicas, realizadas posteriormente ao início da tramitação do PLS.

Em 15.12.2010, foi aprovada, no Senado Federal, a versão do Substitutivo ao PLS 166/2010, que foi remetida à Câmara dos Deputados e ali recebida em 22.12.2010.

O Projeto de Novo Código de Processo Civil encontra-se atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados como o PL 8.046/2010<sup>4</sup>, cujo texto, na realidade, é o do Substitutivo ao PLS 166/2010.

O presente ensaio tem como objetivo o estudo, ainda que breve, dos principais pontos relacionados aos *deveres-poderes dos magistrados* no Projeto de Novo Código de Processo Civil. As indicações de artigos que fazemos neste trabalho referem-se, evidentemente, aos dispositivos constantes da versão final do Projeto (Substitutivo ao PLS 166/2010), aprovada pelo Senado Federal em dezembro de 2010 e em trâmite na Câmara dos Deputados durante este ano de 2011.

## 2. Observância da Constituição

O Projeto, já em seus artigos iniciais, revela a preocupação com a observância da Constituição Federal e com a necessidade de o magistrado orientar-se pelos princípios e regras constitucionais, isto é, com a observância do “modelo constitucional do Direito Processual Civil”<sup>5</sup>.

O art. 1º do Projeto afirma que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Ainda que para os mais profundos estudiosos do Direito possa parecer óbvia

---

<sup>2</sup> Verifique-se especialmente as páginas 323 e 325 (que fazem referência à nossa intervenção oral durante a Audiência Pública ocorrida na cidade do Rio de Janeiro) da versão, apresentada ao Senado Federal, do Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2011.

<sup>3</sup> A Comissão Temporária de Reforma do Código de Processo Civil (Requerimento 747/2010, aprovado em 04.08.2010) teve a seguinte composição: Senadores Demóstenes Torres (Presidente), Antonio Carlos Valadares (Vice-Presidente), Valter Pereira (Relator-Geral), Antonio Carlos Júnior (Relator Parcial para Processo Eletrônico), Romeu Tuma (Relator Parcial para Parte Geral), Marconi Perillo (Relator Parcial para Processo de Conhecimento), Almeida Lima (Relator Parcial para Procedimentos Especiais), Antonio Carlos Valadares (Relator Parcial para Cumprimento das Sentenças e Execução) e Acir Gurgacz (Relator Parcial para Recursos), que contou com a assessoria dos juristas Athos Gusmão Carneiro, Cassio Scarpinella Bueno, Dorival Renato Pavan e Luiz Henrique Volpe Camargo, além dos Consultores Legislativos do Senado.

---

<sup>4</sup> Versão disponível para *download* em <<http://bit.ly/rilnovocpc>>. Acesso em: 17 abr. 2011.

<sup>5</sup> Expressão utilizada, Cf. BUENO (2010, v. 1, p. 124).

a assertiva de que a legislação infraconstitucional deva ser lida e interpretada a partir da Constituição, não se trata de regra desnecessária nem supérflua. Guardando o Brasil dimensões continentais, e destinando-se o Código de Processo Civil a ser aplicado pelos mais variados operadores do direito (membros da magistratura, da advocacia pública e privada e do Ministério Público) e também pelos jurisdicionados (inclusive os desprovidos de formação jurídica, *e.g.*, que têm capacidade postulatória para litigar nos Juizados Especiais Cíveis), é sempre importante que o primeiro dispositivo do Código de Processo Civil venha a esclarecer, a todos os que vierem a utilizá-lo, que os valores, princípios e regras constitucionais, devem nortear a aplicação da legislação infraconstitucional.

### 3. Princípios norteadores da atividade do juiz

O art. 6º do Projeto, de sua vez, prevê regra cujo destinatário é o magistrado: “ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência”.

Observa-se, novamente, a preocupação do Projeto em reiterar os valores, princípios e regras constitucionais, que devem nortear a atuação do magistrado. E, seguindo orientação já consagrada no campo do Direito Administrativo, o Projeto relembra que o juiz é funcionário público, exercente de *munus* de um dos Poderes da República, razão pela qual sua atividade deve pautar-se pelos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Novamente, trata-se de regra que, ainda que não inovadora, merece elogios pelo fato de colocar em destaque os princípios que devem orientar a atividade jurisdicional.

### 4. Ampla defesa e contraditório efetivos

O princípio do contraditório e da ampla defesa, garantia constitucional consagrada no inciso LV do art. 5º da CRFB, foi ainda mais reafirmado no Projeto de Novo Código de Processo Civil.

De acordo com os estudos mais recentes<sup>6</sup> sobre o princípio do contraditório e da ampla defesa, essa garantia não deve resumir-se ao binômio *ciência bilateral* e *possibilidade de manifestação*. No Estado Democrático de Direito como é o nosso (preâmbulo e art. 1º da CRFB), a dimensão *processual* moderna dessa garantia exige não menos do que a observância a oito aspectos: (i) *bilateralidade de audiência*, isto é, oitiva de todas as partes do processo; (ii) *paridade de armas*, revelada pelo tratamento isonômico conferido às partes; (iii) *informação*, consistente na ciência, por todas as partes, dos atos processuais e das informações necessárias; (iv) *possibilidade de reação*, que impõe a oitiva das partes em momento em que ainda se faça possível suas considerações; (v) *possibilidade de influência no resultado*, pela qual a manifestação da parte não deve ser meramente formal, devendo ser oportunizada em momento e de forma ainda eficazes, isto é, com capacidade de influenciar o resultado; (vi) *direito de ver os argumentos considerados*, pelo qual os argumentos das partes devem ser levados em consideração pelo julgador, que deve decidir sempre de forma fundamentada (motivada); (vii) *não surpresa para as partes*, que consiste na proibição de decisões surpresa (ou de terceira via), baseadas em teses de direito não discutidas previamente pelas partes, inclusive no que tange às “matérias de ordem pública”<sup>7</sup>; e (viii) *observância aos deveres de colaboração*,

<sup>6</sup> Entre os estudos mais atuais sobre o princípio do contraditório, Cf. CABRAL (2010, p. 103-174; 207-238).

<sup>7</sup> Antes mesmo da apresentação do Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, defendendo a necessidade de prévio contraditório inclusive no que tange ao reconhecimento de ofício de matérias de ordem pública, Câmara (2009. v. 1, p. 53-54) e Didier Junior (2009. v. 1, p. 51-52).



*boa-fé e lealdade processuais*, já que a garantia do contraditório e da ampla defesa é, também, resultado da observância de todos esses princípios e deveres.

Como primeira orientação, o art. 7º do Projeto esclarece que “é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório”. A parte final do dispositivo guarda grande relevância: é dever do magistrado garantir um contraditório realmente *efetivo*.

A preocupação com o contraditório é tamanha no Projeto que até mesmo as matérias que podem ser suscitadas de ofício (porque ligadas ao interesse público, conhecidos como “matérias de ordem pública”, tais como, *v.g.*, os “pressupostos processuais” e as “condições da ação”) somente poderão ser decididas após a observância do contraditório (na linha do que, por exemplo, dispõe o art. 3º, item 3º, do Código de Processo Civil português).

Nos termos do art. 10 do Projeto, “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício”. Observa-se, assim, que cabe ao magistrado suscitar, de ofício, a questão “de ordem pública”, submetendo-a ao contraditório efeito pelas partes. Uma vez intimadas as partes para se manifestar sobre a mesma, poderá, então, o juiz, decidi-la.

Essa diretriz é reiterada no dispositivo anterior (art. 9º do Projeto), que dispõe que “não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja

previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito”. Em linha semelhante, o parágrafo único do art. 10 do Projeto assevera que “o disposto no *caput* não se aplica aos casos de tutela de urgência e nas hipóteses do art. 307”.

Novamente, nesses dois dispositivos é reiterada a orientação de prévio e efetivo contraditório pelas partes, salvo se este vier a colocar em risco a própria efetividade da prestação jurisdicional. Admite-se, portanto, a prolação de decisão *inaudita altera parte* nos casos em que o prévio contraditório ensejar o risco de perecimento do direito (*v.g.*, necessidade de *tutela de urgência*), caso em que a garantia do contraditório não será fulminada, mas apenas postergada (diferida) para momento imediatamente posterior, mediante técnica de ponderação de princípios e de valores no caso concreto (efetividade da tutela jurisdicional *versus* contraditório prévio e imediato). Do mesmo modo, o contraditório prévio ao réu poderá ser dispensado na hipótese de improcedência liminar do pedido (art. 307 do Projeto), já que a decisão ser-lhe-á favorável no plano do mérito.

Ainda na esteira de reiterar a necessidade do contraditório efetivo, o parágrafo único do art. 976 do Projeto esclarece a necessidade de contraditório pelo embargado nas situações em que os embargos de declaração tiverem aptidão para os efeitos infringentes (ou modificativos): “eventual efeito modificativo dos embargos de declaração somente poderá ocorrer em virtude da correção do vício, desde que ouvida a parte contrária no prazo de cinco dias”. Trata-se de orientação que já era consagrada nos planos doutrinário e jurisprudencial, mas sobre a qual o Código de 1973 era omissivo. O projeto, então, em sua missão esclarecedora, inseriu expressamente a necessidade de contraditório nos embargos de declaração quando estes tiverem aptidão de modificar o conteúdo ou o resultado da decisão embargada.

<sup>8</sup> Código de Processo Civil de Portugal, art. 3º, item 3. “O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.”

### 5. Isonomia substancial

O art. 7º do Projeto aprimora a regra constante do inciso I do art. 125 do Código de 1973, passando a estabelecer que “é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório”.

A isonomia já se encontra garantida no *caput* do art. 5º da CRFB, estando intimamente relacionada com os ideais de processo justo, de efetividade da tutela jurisdicional e de devido processo legal, que impõem a necessidade de tratamento equilibrado entre os sujeitos do processo.

A igualdade, no Estado Democrático de Direito, não deve ser meramente formal, contentando-se com simples extensão de tratamento igual a pessoas em situações equivalentes. A isonomia deve ir além, sendo, em realidade, substancial (material), a fim de que sejam tratados igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Atribui-se a Aristóteles a formulação desta concepção substancial da isonomia, devendo-se a Rui Barbosa<sup>9</sup> a difusão desse aspecto no Brasil.

A igualdade substancial exige, no aspecto processual, que tanto a legislação quanto o magistrado garantam, aos litigantes, paridade e igualdade de armas e condições equilibradas durante todo o curso do procedimento.

Como exemplos de tratamento equivalente às partes em situações iguais (isonomia formal), tem-se, *v.g.*, os arts. 7º, 348 e §1º do art. 948 do Projeto. E como regras destinadas a reequilibrar as partes que originalmente se encontram em situações distintas (isonomia substancial), pode-se

<sup>9</sup> “A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade.” (BARBOSA, 1999, p. 26).

mencionar, por exemplo, os arts. 156, 158, 161, 188 e 483 do Projeto.

### 6. Fundamentação (motivação) adequada

O inciso IX do art. 93 da CRFB estabelece que toda decisão judicial, e não somente as sentenças, deve ser adequadamente fundamentada (motivada).

A garantia da fundamentação adequada das decisões busca atender a dois interesses: (i) *interesse das partes*, já que elas devem conhecer os motivos que levaram o juiz a decidir de determinada maneira, não somente para seu bem-estar psicológico, como também para que elas tenham elementos para fundamentar seus eventuais recursos; e (ii) *interesse público*, a fim de possibilitar a verificação sobre a imparcialidade do magistrado, sendo esta um imperativo para que um Estado de Direito seja também Democrático, permitindo, pois, o controle das decisões não somente pelas partes, mas também pelo próprio Judiciário (órgãos recursais) e pela sociedade (MOREIRA, 1980, p. 83-95).

Assim é que o art. 11 do Projeto (na linha dos arts. 131 e 165 do Código de 1973) estabelece que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

No título relativo às tutelas de urgência e da evidência, o art. 271 do Projeto relembra a necessidade de fundamentação adequada, dispondo que “na decisão que conceder ou negar a tutela de urgência e a tutela da evidência, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento”.

Como regra geral, os tribunais devem velar pela segurança jurídica e pela uniformidade de julgamentos (art. 882 do Projeto). Caso os julgadores entendam necessária a alteração da jurisprudência dominante do tribunal, poderá haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. Nesse caso, contudo,

esclarece o §1º do art. 882 que “a mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas”<sup>10</sup>.

Detalhando ainda mais o imperativo constitucional, o parágrafo único do art. 476 do Projeto, em regra sem correspondente expressa no Código de 1973, afirma o dever de fundamentação adequada (analítica e efetiva): “Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que: I – se limita a indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo; II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

O Projeto ressalta que não são adequadamente (analítica e efetivamente) fundamentadas as decisões “mal fundamentadas” ou “aparentemente fundamentadas”<sup>11</sup>, constantes desse rol meramente exemplificativo<sup>12</sup> do parágrafo único do art. 476 do Projeto. Como exemplo de decisões desprovidas de fundamentação adequada, tem-se aquelas que contêm expressões e termos não individualizados, tampouco relacionados especificamente ao caso concreto, podendo se encaixar em qualquer outra decisão ou outro caso (*v.g.*, “indefiro a antecipação da tutela porque ausentes

os pressupostos legais” ou “indefiro por ausência de amparo legal”).

Como se já não fosse suficiente a regra desse novel dispositivo, o parágrafo único do art. 477<sup>13</sup> do Projeto reafirma o dever do magistrado de proferir decisão adequadamente motivada, ao exigir que, “fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas”.

Importante esclarecer que fundamentação *adequada* (analítica e efetiva) não é sinônimo de fundamentação longa. É evidente que o magistrado não precisa escrever monografias nem tratados sobre o tema, sendo bastante que enfrente, com a profundidade necessária e de forma clara, precisa e individualizada, todos os pontos essenciais e relevantes para o deslinde da causa, explicando as razões específicas, de fato e de direito, que o levam a acolher ou a rejeitar cada fundamento e cada pedido.

### 7. Vedação ao non liquet e julgamento por equidade

O art. 119 do Projeto (dispositivo equivalente ao art. 126 do Código de 1973) consagra a vedação ao *non liquet* (proibição da não decisão), ao estabelecer que “o juiz não se exime de decidir alegando lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico, cabendo-lhe, no julgamento, aplicar os princípios constitucionais, as regras legais e os princípios gerais de direito, e, se for o caso, valer-se da analogia e dos costumes”.

Ainda que a regra seja importante, a redação desse dispositivo peca em alguns aspectos, principalmente por fazer referên-

<sup>10</sup> “Este último texto é importante, porquanto essa fundamentação adequada, *i.e.*, mais minudente, visa a demonstrar que a modificação se operou por necessidade de reinterpretar a lei, e, não, por razões outras que não essa necessidade que socialmente se tenha imposto” (ALVIM, 2001, p. 114).

<sup>11</sup> Defendendo não serem adequadamente fundamentadas as sentenças mal ou aparentemente fundamentadas, Wambier (2007, p. 310-338); Nery Junior (2009, p. 286); Câmara (2008, v. 1, p. 56-57).

<sup>12</sup> Igualmente considerando meramente exemplificativo o rol do parágrafo único do art. 476 do Projeto, confira-se o Editorial 116 de autoria de Fredie Didier Jr. Disponível em: <<http://www.fredidedidier.com.br>>. Acesso em: 17 abr. 2011.

<sup>13</sup> Sugerindo redação em sentido semelhante, porém com termos que consideram mais analíticos e precisos, confira-se os Editoriais 107 e 108 escritos em coautoria por Fredie Didier Jr. e Humberto Ávila. Disponível em: <<http://www.fredidedidier.com.br>>. Acesso em: 17 abr. 2011.

cia apenas a “princípios constitucionais” e “regras legais”, o que pode gerar diversas impressões equivocadas: de que na Constituição haveria somente princípios; de que na lei haveria apenas regras; de que as regras constitucionais e os princípios legais não deveriam ser observados pelo juiz, etc. Todas as conclusões estão, evidentemente, equivocadas.

Como se sabe, o entendimento geral e atual consagra que a *norma jurídica* é gênero composto de duas espécies: *princípios* (mais genéricos, abstratos e elásticos) e *regras* (normas de conduta mais precisas, concretas e individualizadas)<sup>14</sup>. A Constituição assim como a legislação infraconstitucional são compostas de normas, que podem ora consagrar princípios, ora regras.

O art. 119 do Projeto deve ser compreendido, portanto, do seguinte modo: “o juiz não se exime de decidir alegando lacuna ou obscuridade do ordenamento, cabendo-lhe, no julgamento, aplicar as normas constitucionais e legais, os princípios gerais de direito e, se for o caso, valer-se da analogia e dos costumes”.

Por sua vez, o art. 361 do Projeto estabelece que, “em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”. A ressalva ao exame pericial, na realidade, deve ser interpretada com temperamentos. Afinal, o laudo pericial não é vinculante, já que o art. 464 do Projeto repete a regra do art. 463 do Código de 1973, esclarecendo que “o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos”. Consagra-se, assim, o sistema de valoração das provas conhecido como livre convencimento motivado (ou persuasão racional).

<sup>14</sup> Para estudo aprofundado sobre *texto, postulado, norma, princípios e regras*, Cf. ÁVILA (2006, p. 78-91).

Repetindo a regra do art. 127 do Código de 1973, o art. 120 do Projeto dispõe que “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”. Como exemplo de julgamento por equidade admitido pela legislação, tem-se o art. 7º da Lei 8.078/1990.

#### 8. *Dispositivo, adstrição, correlação, correspondência ou congruência*

O art. 2º do Projeto reitera a regra da inércia da jurisdição (*ne procedat iudex ex officio*), esclarecendo que, após a formulação de pedido pela parte e, assim, provocada a atividade jurisdicional, o procedimento se desenvolve por impulso oficial. Trata-se, segundo a doutrina, do *princípio dispositivo*.

Outro princípio, conhecido como *adstrição, correlação, correspondência ou congruência* entre pedido e decisão, é reiterado nos arts. 121 (“o juiz decidirá a lide nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”) e 479 (“é vedado ao juiz proferir sentença de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”) do Projeto, que proíbem a prolação das decisões chamadas *citra* ou *infra petita* (decisão que deixa de apreciar um pedido), *ultra petita* (aquela que julga além do pedido) e *extra petita* (decisão que julga fora do pedido, concedendo bem da vida diverso do pleiteado).

#### 9. *Dever-poder geral de antecipação e de cautela*

Ao contrário do Código de 1973, cujo Livro III era destinado ao “processo cautelar”, o Projeto deixa de prever as cautelares típicas e, mais ainda, deixa de distinguir formalmente as duas espécies de tutela de urgência, a satisfativa (“tutela antecipada”) e a não satisfativa (“cautelar”).

Os arts. 269 a 286 do Projeto regulam a *tutela de urgência* de forma indistinta

(seja ela satisfativa ou não, antecedente ou incidente) e também a *tutela da evidência* (concedida sem necessidade de demonstração de urgência, baseando-se somente na probabilidade do direito alegado), simplificando a técnica processual ao estabelecer um regime jurídico único para as medidas de urgência.

Os arts. 3º, 269 e 270 do Projeto consagram o chamado dever-poder geral de antecipação e de cautela do juiz, ao permitir que o juiz conceda medidas destinadas a assegurar a efetividade da tutela preventiva ou repressiva pleiteada pelo requerente. O art. 277, por seu turno, vai além e passa a permitir, expressamente, que o magistrado conceda medida de urgência inclusive de ofício, tenha ela natureza satisfativa (“tutela antecipada”) ou não (“cautelar”)<sup>15</sup>.

No plano recursal, por exemplo, os arts. 949 e 968 do Projeto esclarecem que os recursos são desprovidos de efeito suspensivo automático (*ope legis*), sendo possível, contudo, a atribuição de efeito suspensivo excepcional (*ope iudicis*) pelo relator (inciso II do art. 888).

Na mesma esteira, quanto à execução, o §2º do art. 511 e o §1º do art. 875 do Projeto dispõem que a impugnação e os embargos do executado não têm efeito suspensivo automático, podendo o juiz conceder-lhes tal efeito em caráter excepcional.

### 10. Prevenção e correção de defeitos processuais e busca pela resolução de mérito

O magistrado tem o dever de prevenção, cabendo-lhe evitar a ocorrência de defeitos processuais, os quais, se concretizados, deverão, sempre que possível, ser corrigidos e

<sup>15</sup> Antes mesmo da apresentação do texto do Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, já havíamos publicado dois estudos nos quais já vínhamos defendendo a possibilidade de concessão pelo juiz, inclusive de ofício, de tutela de urgência tanto satisfativa (“antecipada”) quanto não satisfativa (“cautelar”): REDONDO (2010, p. 330-332); REDONDO (2010, p. 190).

sanados. Essa orientação resulta da aplicação de algum dos princípios relacionados às nulidades processuais, dentre eles, os da *instrumentalidade das formas* (art. 252) e do *prejuízo* (§1º do art. 257 e parágrafo único do art. 258 do Projeto).

O Projeto consagra, assim, os deveres do juiz de prevenção e de correção de defeitos processuais, inseridos no art. 343 da seguinte forma: “Verificando a existência de irregularidades ou de nulidades sanáveis, o juiz mandará supri-las, fixando à parte prazo nunca superior a trinta dias”.

Deve o juiz, ainda, superar o defeito processual quando lhe for possível decidir o mérito em favor da parte a quem aproveitaria a decretação da nulidade. Cabe ao magistrado, portanto, privilegiar a resolução do mérito (única apta a formar coisa julgada material, tornando imutável e indiscutível o conteúdo da sentença) em detrimento do reconhecimento do vício processual.

Nessa linha, o §2º do art. 257 estabelece que, “quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta”. No mesmo sentido, o art. 475 do Projeto dispõe que “o juiz proferirá sentença de mérito sempre que puder julgá-lo em favor da parte a quem aproveitaria o acolhimento da preliminar”.

Em grau recursal, a correção de defeitos processuais e a possibilidade de julgamento de mérito diretamente pelo tribunal vêm previstas nos arts. 893, 894 e §3º do art. 965 do Projeto.

Ainda nessa linha, o §2º do art. 983 permite que, no juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, desde que tempestivos, os Tribunais Superiores desconsiderem eventual defeito formal que não seja reputado grave ou mandem saná-lo, a fim de permitir o conhecimento do recurso para que seja possível a realização do juízo de mérito, nos casos em que este possa contribuir para o aperfeiçoamento do sistema jurídico.



Trata-se de regra salutar, decorrente do princípio da instrumentalidade das formas, que, em nosso entender, de tão positiva que é para o aperfeiçoamento do direito material, não deve se restringir aos casos dos recursos excepcionais (especial e extraordinário), devendo ser aplicada também a todos os recursos ordinários (*v.g.*, agravo de instrumento, apelação e recurso ordinário).

Sugerimos, assim, a incidência do §2º do art. 983 ao juízo de admissibilidade de qualquer recurso cível, como forma de contribuir para a segurança jurídica, a isonomia e o aprimoramento do ordenamento jurídico.<sup>16</sup>

### 11. Deveres-poderes instrutórios

O processo, para ser efetivo instrumento de realização do direito material, não pode ter como objetivo a produção de uma verdade meramente processual (formal) e, assim, distinta da realidade dos fatos. Dentro do possível – isto é, observados os princípios e as garantias processuais –, o processo deve buscar a verdade substancial (real), para que, refletindo situação mais próxima possível aos fatos realmente ocorridos no plano material, possa prestar tutela jurisdicional de modo realmente efetivo (tempestivo e adequado).

Para que a verdade real possa ser buscada, deve-se dotar o juiz de *amplos poderes instrutórios*, para que se torne titular de *iniciativa probatória* e, assim como os litigantes, desfrute de *responsabilidade* relativamente à produção das provas. É dever do magistrado zelar pela vinda, aos autos, de todos os elementos necessários ao acerto dos fatos objeto do litígio e à formação de seu livre convencimento motivado (art. 353 e 355 do Projeto).

<sup>16</sup> Em estudo anterior, no qual analisamos julgamento do STJ e tecemos considerações inclusive sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil, tivemos a oportunidade de criticar a “jurisprudência defensiva” que leva ao exagero do rigor extremado na realização do juízo de admissibilidade dos recursos: Redondo; Didier Junior; Cunha (2010, p. 32-34).

Para tanto, no art. 354 do Projeto (asemelhado ao art. 130 do Código de 1973) permite-se ao juiz a determinação, inclusive *ex officio*, de produção de provas, ainda que não requeridas pelas partes. Além de poder determinar de ofício a produção de provas, o magistrado pode indeferir, em decisão fundamentada, as diligências que considerar inúteis ou meramente protelatórias.

Com o objetivo de aprimorar a fase de instrução probatória, o Projeto consagra a decisão declaratória de saneamento (inexistente no texto do Código de 1973) nos arts. 342 e 343, para que, logo após as providências preliminares, o juiz decida as questões processuais pendentes, delimite os pontos controvertidos sobre os quais incidirá a prova, especificando os meios admitidos de sua produção, e, se necessário, designe audiência de instrução e julgamento,

Ainda que existam defensores de poderes instrutórios *moderados* para o juiz<sup>17</sup>, considerando-o meramente *complementar* ao das partes, compartilhamos<sup>18</sup> do entendimento – majoritário – que reconhece *amplos poderes instrutórios*<sup>19</sup> ao juiz. Esse

<sup>17</sup> Cf. DINAMARCO (2009, v. 3, p. 51-56); LOPES (2007, p. 75-77; 177-179); NERY JUNIOR; NERY (2003, p. 530-531); STJ, 6. T., REsp 894.443/SC, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 17.06.2010, DJe 16.08.2010; STJ, 4. T., REsp 629.312/DF, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 27.03.2007, DJ 23.04.2007, p. 271; STJ, 1. T., REsp 132.065/PR, rel. Min. Garcia Vieira, j. 07.11.1997, DJ 16.02.1998, p. 35.

<sup>18</sup> Confira-se recente estudo de nossa autoria. Redondo (2011).

<sup>19</sup> Igualmente defendendo a *amplitude* dos poderes instrutórios do juiz, Moreira (1984, p. 52-54); Moreira (1989, p. 45-51); Moreira (2004, p. 58,64); Bermudes (1994, p. 50-51); Bedaque (2009, p. 15-17; 159); Didier Junior; Braga; Oliveira (2008, v. 2, p. 29); Cremasco (2009, p. 81-84). Igualmente, STJ, 3. T., AgRg no REsp 294.609/RJ, rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 08.06.2010, DJe 24.06.2010; STJ, 3. T., REsp 1.012.306/PR, rel. Min. Nancy Andrichi, j. 28.04.2009, DJe 07.05.2009; STJ, 5. T., REsp 964.649/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 23.08.2007, DJ 10.09.2007, p. 308; STJ, 2. T., REsp 651.294/GO, rel. Min. Eliana Calmon, j. 15.12.2005, DJ 06.03.2006, p. 319; STJ, 3. T., AgRg no REsp 738.576/DF, rel. Min. Nancy Andrichi, j. 18.08.2005, DJ 12.09.2005, p. 330; e STJ, 2. T., REsp 208.585/SP, rel. Min. Castro Meira, j. 16.12.2004, DJ 18.04.2005, p. 243.



realmente parece o entendimento mais adequado, uma vez que a amplitude dos poderes instrutórios aumenta a probabilidade de um resultado *justo*. Afinal, quanto maior a participação do juiz na atividade instrutória, mais perto chegará à verdade substancial, isto é, à certeza de que a alegação da parte reflete a realidade do plano material (BEDAQUE, 2006, p. 15-17; 134-135; 137; CREMASCO, 2009, p. 82).

### 12. Distribuição dinâmica do ônus da prova

A distribuição *estática* do ônus da prova, consagrada no art. 333 do Código de 1973, vinha sendo alvo de críticas por parte da doutrina e da jurisprudência, já que a atribuição prévia e abstrata do *onus probandi* (ao autor relativamente a determinados fatos e, ao réu, a outros) era insuficiente em diversas hipóteses concretas.

Assim é que o art. 357 do Projeto, apesar de ainda estabelecer a distribuição *estática*, em seu próprio *caput* já ressalva “os poderes do juiz”, permitindo, assim, que o juiz distribua o ônus probatório de forma diversa (*dinâmica*) no caso concreto.

Nessa linha, o art. 358 do Projeto passa a admitir, expressamente, a distribuição *dinâmica* do ônus da prova, cabendo ao juiz repartir o encargo probatório caso a caso, fato a fato, prova a prova, observando as características de cada situação concreta. Por meio da distribuição *dinâmica*, o *onus probandi* é atribuído à parte que detiver melhores condições de produção da prova<sup>20</sup>.

### 13. Prova ilícita

O parágrafo único da versão original do PLS 166/2010, proposta pela Comissão de Juristas, vinha a admitir a utilização

<sup>20</sup> Sugerimos a leitura de outro estudo recente nosso sobre a distribuição *dinâmica* do ônus da prova, na qual inclusive já tecemos considerações específicas sobre a proposta de art. 358 do PLS 166/2010: Redondo (2011, p. 210-226).

excepcional da prova ilícita no processo civil, mediante ponderação de princípios e valores no caso concreto.

Tratava-se, portanto, de possibilidade de mitigação excepcional e concreta do *princípio da proibição do uso de prova ilícita* (inciso LVI do art. 5º da CRFB), consoante o que vinha sendo defendido por parte da doutrina<sup>21</sup>.

A versão final (Substitutivo ao PLS 166/2010), aprovada pelo Senado Federal em dezembro de 2010 e enviada à Câmara dos Deputados, contudo, retirou essa norma do texto do Projeto, dando a impressão, assim, de que o Novo Código de Processo Civil aparentemente não permitirá a produção excepcional de prova ilícita.

Não obstante a inexistência de norma expressa nesse sentido, a conjugação dos arts. 1º e 6º com os arts. 353 e 355 do Projeto parece permitir a utilização excepcional de prova ilícita, mediante utilização, pelo juiz, da técnica da ponderação de valores e princípios no caso concreto (proporcionalidade).

### 14. Isonomia dos julgamentos, alteração de jurisprudência e modulação de efeitos

A isonomia dos julgamentos também deve ser buscada pelos membros do Poder Judiciário. Partes que estejam submetidas a iguais situações de fato devem estar sujeitas

<sup>21</sup> No mesmo sentido, admitindo a utilização, em determinadas situações, de provas *ilícitas*, Moreira (1997, p. 109-114; 121-123); Didier Junior; Braga; Oliveira (2008, v. 2, p. 38); Bedaque (2009, p. 140-147); Greco (2010, v. 2, p. 178-180); Cambi (2006, p. 70-84). Apesar de não defender, expressamente, a utilização de provas ilícitas, Dinamarco tece as ponderações críticas ao rigor de tal vedação: “Em si mesma, essa opção *radical transgride* princípios constitucionais do processo ao exigir que o juiz finja não reconhecer de fatos seguramente comprovados, só por causa da origem da prova: a parte, que nem sempre será o sujeito responsável pela ilicitude (mais ainda quando o fosse), suportará invariavelmente essa restrição ao seu direito à prova, ao julgamento segundo a verdade e à tutela jurisdicional a que eventualmente tivesse direito” (DINAMARCO, 2009, v. 3, p. 50).

ao mesmo regramento jurídico, razão pela qual o resultado de seus processos deve ser idêntico. A igualdade do resultado dos julgamentos é resultante da garantia constitucional da isonomia, contribuindo, ainda, para a maior segurança jurídica, previsibilidade e uniformidade das decisões judiciais.

O Projeto prevê, assim, diversos institutos que podem ser utilizados pelos magistrados para a produção de resultados equivalentes em todas as demandas semelhantes.

Inicialmente, o art. 307 do Projeto permite que o juiz julgue liminarmente improcedente o pedido do autor quando este contrariar o entendimento dominante no âmbito dos tribunais.

Durante o curso de uma demanda, se qualquer dos sujeitos do processo (juiz, relator, partes ou Ministério Público) identificar controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes, poderá ser instaurado, perante qualquer dos tribunais brasileiros, o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 930 do Projeto).

De acordo com o art. 938, “julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal”. A decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas parece ter inegável efeito vinculativo em relação aos órgãos hierarquicamente vinculados ao tribunal que decidiu a questão, já que, na linha do art. 941 do Projeto, é cabível reclamação para o tribunal competente sempre que inobservada a tese adotada pela decisão proferida no incidente.

Interposto recurso de qualquer espécie em qualquer demanda cível, o art. 888 do Projeto permite que o relator, monocraticamente, negue seguimento, negue provimento ou dê provimento ao mesmo sempre que sua decisão estiver em confor-

midade com a orientação predominante dos tribunais.

Os recursos especial e extraordinário, por seu turno, podem ser julgados na sistemática própria de “recursos repetitivos”, conforme os procedimentos do §4º do art. 989 e dos arts. 990 a 995 do Projeto. Mediante seleção de recurso paradigma (representativo da controvérsia) e sobrestamento, nos Tribunais locais, dos demais recursos idênticos, o Tribunal Superior julgará o mérito apenas do recurso representativo selecionado, cuja decisão poderá ser estendida a todos os recursos sobrestados.

Finalmente, o art. 882 do Projeto estabelece que os tribunais devem velar pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência. Caso o tribunal entenda necessária a alteração de sua jurisprudência predominante, o inciso IV do referido dispositivo permite a modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica, mediante decisão com fundamentação adequada e específica (§1º do art. 882)<sup>22</sup>. Trata-se de extensão, ao processo civil em geral, da modulação de efeitos que já vinha positivada para algumas demandas constitucionais (e.g., art. 27 da Lei 9.868/1999 e art. 11 da Lei 9.882/1999).

Tendo em vista o grande número de institutos destinados a abreviar o curso do procedimento mediante a prolação, mais célere, de decisão que consagre a orientação dos tribunais em casos anteriores e semelhantes, é importante que a legislação e os tribunais criem mecanismos alargados, destinados a permitir a ampla utilização das técnicas do *distinguishing* (alegação de que

<sup>22</sup> “É perceptível a ênfase conferida ao peso e ao significado social da jurisprudência dos tribunais, mormente sob a perspectiva da realização da isonomia e da segurança jurídica. Isso se dá em todos os níveis, dos Tribunais Superiores aos órgãos de segundo e primeiro grau. O objetivo que informa essas regras é exatamente concretizar melhor os princípios da legalidade e da isonomia, no sentido de que se diz que, se a lei é igual para todos, é importante também que as decisões judiciais que interpretem a lei sejam iguais para todos” (ALVIM NETTO, 2011, p. 115).

o caso em exame não se subsume à hipótese normativa consolidada na jurisprudência) e do *overruling* (superação do precedente mediante invocação de fundamento novo, não examinado nos casos que embasaram a orientação dominante invocada), a fim de evitar que a decisão de um precedente seja aplicada a caso posterior diverso ou a situação que justifique a modificação da orientação anterior, já que o engessamento absoluto dos tribunais deve ser sempre evitado.

### 15. Fungibilidade

Os arts. 985 a 987 do Projeto permitem uma espécie de fungibilidade entre os recursos especial e extraordinário. Interposto um recurso especial, caso o Superior Tribunal de Justiça entenda que o parâmetro de controle seja a Constituição, e não a legislação infraconstitucional, poderá o STJ, após a adoção de determinadas providências, determinar a remessa do recurso ao Supremo Tribunal Federal para julgamento por aquele Tribunal, em vez de, burocrática e simplesmente, deixar de conhecer o recurso. A recíproca também é verdadeira, podendo o STF remeter ao STJ um recurso para julgamento sobre eventual infração à legislação federal.

Não obstante sua positivação somente para os casos de recursos especial e extraordinário, é evidente que o princípio da fungibilidade está implicitamente presente no sistema do Direito Processual Civil, sendo consequência direta dos princípios da *finalidade* (art. 252 do Projeto) e da *instrumentalidade das formas* (art. 258).

Por essa razão, o princípio da fungibilidade permanecerá presente e aplicável no Direito Processual mesmo após o advento do Novo Código de Processo Civil, cabendo ao magistrado admitir, processar e julgar o meio processual escolhido pela parte sempre que presente uma situação de dúvida objetiva (existência de mais de uma solução legitimada pelo sistema ou inexistência de

previsão, no plano legal, do mecanismo processual adequado)<sup>23</sup>.

### 16. Adaptabilidade do procedimento

O princípio da adaptabilidade exige que sejam conferidos ao juiz, na condição de diretor do processo, poderes para adaptar o procedimento às peculiaridades do caso concreto, a fim de permitir uma tutela mais efetiva (eficaz, tempestiva e adequada) do direito material<sup>24</sup>.

O inciso V do art. 118 do Projeto consagra o princípio da adaptabilidade do procedimento (ou flexibilização procedimental), ainda que com aparente reserva.

A redação original do PLS 166/2010 consagrava, de forma expressamente mais ampla, a flexibilização procedimental (inciso V do art. 107 e §1º do art. 151), permitindo que o juiz, em face das peculiaridades da causa e observado o contraditório, modificasse o trâmite processual a fim de melhor tutelar o direito material.

A versão aprovada pelo Senado (Substitutivo ao PLS 166/2010), por sua vez, modificou a redação do inciso V do anterior art. 107 do PLS, consagrando, no atual inciso V do art. 118 do Substitutivo, regra mais restrita de adaptabilidade, permitindo que o juiz apenas amplie os prazos processuais ou altere a ordem de produção dos meios de prova. E a regra do §1º do art. 151 deixou de ser reproduzida no Substitutivo, sendo, assim, excluída do Projeto.

Ainda que aparentemente o inciso V do art. 118 do Projeto permita uma adaptabilidade do procedimento apenas restrita ou

<sup>23</sup> Sobre a permanência da – ampla – aplicação do princípio da fungibilidade no Direito Processual Civil e o requisito para sua aplicação, Cf. REDONDO (2011). Para análise mais detalhada deste princípio, LAMY (2007); VASCONCELOS (2007); AMENDONEIRA JUNIOR (2008).

<sup>24</sup> Para aprofundamento do estudo sobre a instrumentalidade do processo e adaptabilidade do procedimento, Cf. DIDIER JUNIOR, (2009, v. 1, p. 40-45); GAJARDONI (2008); BEDAQUE (2006); DINAMARCO (2008, p. 177-187; 264-380).

parcial, parece mais adequado admitir-se que, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e sendo essencial a alteração procedimental para a tutela efetiva do direito material, possa o juiz, observando as garantias do contraditório e da fundamentação adequada das decisões, modificar pontualmente o procedimento, mediante utilização da técnica de ponderação de valores e princípios no caso concreto (proporcionalidade).

### 17. Conclusão

O estudo, ainda que breve, de alguns dos diversos institutos consagrados no Projeto de Novo Código de Processo Civil revela serem amplos os deveres-poderes do juiz. A majoração de seus deveres, assim como a de seus poderes, exige do magistrado maior responsabilidade (jurídica, social e política) na condução do procedimento.

Se utilizados corretamente, isto é, à luz do “modelo constitucional do Direito Processual Civil”, os instrumentos processuais colocados à disposição do juiz permitirão que o processo deixe, cada vez mais, de ser um fim em si mesmo, tornando-se, efetivamente, meio hábil de realização de tutela jurisdicional tempestiva e adequada, condizente com o Estado Democrático de Direito.

### Referências

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Manual de Direito processual civil*. 14. ed. São Paulo: RT, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2006.

AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. *Fungibilidade de meios*. São Paulo: Atlas, 2008.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo, RT, 2009.

BERMUDES, Sergio. *Direito processual civil: estudos e pareceres*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito processual civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006.

CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito processual civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 1.

\_\_\_\_\_; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 3.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 2.

LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da fungibilidade no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2007.

LOPES, João Batista. *A prova no Direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito processual*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito processual*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

\_\_\_\_\_. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

\_\_\_\_\_. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito processual*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. Reformas processuais e poderes do juiz. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito processual*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009.

\_\_\_\_\_.; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: RT, 2003.

REDONDO, Bruno Garcia. Da recorribilidade das decisões interlocutórias nos juizados especiais cíveis federais e estaduais. In: MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; ROCHA, Felipe Borring (Org.). *Juizados especiais cíveis: novos desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. Distribuição dinâmica do ônus da prova e poderes instrutórios do juiz. *Revista baiana de direito*, Salvador, v. 5, 2011.

\_\_\_\_\_. Fungibilidade no âmbito recursal: requisito para sua aplicação. *Revista de processo - REPRO*, São Paulo, ano 36, n. 194, abr. 2011.

\_\_\_\_\_. Ônus da prova e distribuição dinâmica: lineamentos atuais. In: MOREIRA, Alberto Camiña;

ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). *Panorama atual das tutelas individuais e coletivas: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Tutela jurisdicional. *Revista de processo - REPRO*, São Paulo, ano 35, n. 187, set. 2010.

\_\_\_\_\_.; DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Admissibilidade de agravo a despeito de ausência de peça obrigatória. O julgamento do Agravo 1.322.327/RJ pela 4ª Turma do STJ. *Revista magister de direito civil e processual civil*, Porto Alegre, n. 39, nov./dez. 2010

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Princípio da fungibilidade: hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007.

# Homologação de sentença arbitral estrangeira no Projeto do Novo Código de Processo Civil

Caio Cesar Rocha

## Sumário

1. Introdução. 2. Homologação de sentença arbitral estrangeira antes e depois da Emenda Constitucional n. 45/2004. 3. Homologação de sentença arbitral estrangeira no Projeto do Novo Código de Processo Civil. 4. Críticas e Sugestões. 5. Conclusões.

### *1. Introdução*

A edição da Lei da Arbitragem (9.307/1996) representou para o Brasil mais do que um marco na evolução do instituto da arbitragem. Configurou verdadeira “revolução cultural” (WALD; MARTINS, 2007, p. 1), capaz de mudar paradigmas seculares. Tornou-se, no que diz respeito ao comércio internacional – não se restringindo só ao âmbito do direito –, instrumento essencial ao desenvolvimento econômico do país.

De fato, a crescente participação brasileira no cenário do comércio internacional, consequência do aumento da importância das relações negociais bilaterais entre os diversos países, impôs ao instituto da arbitragem papel destacado no ordenamento nacional. Os atributos que a via arbitral emprestam à solução de litígios – celeridade, efetividade, confidencialidade, informalismo, especialidade – representam, no plano das relações internacionais, maiores garantias capazes de simplificar as nego-

Caio Cesar Rocha é Advogado, Doutorando em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP), Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará (UFC).



ciações, reduzir custos, conferir segurança e atrair investimentos.

Não se sabe até que ponto a aplicação do instituto da arbitragem contribuiu para o desenvolvimento do comércio exterior no Brasil, mas o certo é que teve papel relevante<sup>1</sup>. As arbitragens internacionais anteriores à nova lei não tinham desfecho executório assegurado, gerando insegurança jurídica que afastava o investimento estrangeiro.

Todavia, não foi só a nova Lei da Arbitragem que assegurou o seu bem-sucedido desenvolvimento no país. As Cortes de Justiça, em especial o Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a constitucionalidade da norma, e o Superior Tribunal de Justiça, ao garantir a homologação das sentenças estrangeiras – além de aplicar imediatamente a nova lei, interpretando a lei federal de forma a conferir prestígio ao instituto da arbitragem.

## *2. Homologação de sentença arbitral estrangeira antes e depois da Emenda Constitucional n. 45/2004*

A Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, foi promulgada a fim de implementar a reforma do Poder Judiciário. Sua redação foi plasmada ao meio de críticas duras ao Poder Judiciário, e teve basicamente o intuito de conferir maior dinamismo e celeridade às relações processuais, além de assegurar maior segurança aos jurisdicionados, por meio de sistemas de controle e fiscalização externos, além de orientação estratégica, centralizados na instituição do Conselho Nacional de Justiça.

Foram várias e importantes inovações. Entre elas, uma mudança específica importa ao estudo ora em desenvolvimento: a exclusão da alínea *h*, ao inciso I, do art. 102, e a consequente introdução da alínea *i*, ao inciso I, do art. 105, ambos da Constituição

Federal de 1988. Em síntese: a homologação das sentenças estrangeiras e concessão do *exequatur* às cartas rogatórias, que eram de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, passaram a ser de competência exclusiva do Superior Tribunal de Justiça.

Tal mudança decorre do pressuposto, vislumbrado em vários aspectos da Emenda Constitucional n. 45/2004, de atribuir ao Supremo Tribunal Federal uma função cada vez mais de Corte Constitucional, privilegiando a resolução objetiva de questões constitucionais transcendentais, de repercussão geral, afastando-se assim da função jurisdicional de resolução de casos concretos.

É certo que, inserido no contexto da homologação de sentença estrangeira, está também e necessariamente o procedimento de homologação de sentença arbitral estrangeira. Tal modificação implementada pela Emenda n. 45/2004, realizada nesse intuito de preservar o Supremo Tribunal Federal de questões alheias ao controle constitucional, merece aplausos, já que remete tal resolução à corte mais aproximada da realidade comercial, a respeito da qual, comumente, costumam versar as causas de arbitragem internacional cuja sentença arbitral se busca homologar.

Antes dessa reforma constitucional, o Supremo Tribunal Federal, por meio de seu Regimento Interno, trazia as regras inerentes ao procedimento de homologação de sentença arbitral, e, consequentemente, de homologação de sentença arbitral estrangeira<sup>2</sup>. A competência do STF decorria, não só do art. 102, inc. I, alínea *h*, da Constituição, mas também do disposto no art. 483 do Código de Processo Civil, cujo parágrafo único estabelecia que "... a homologação obedecerá o que dispuser o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal".

<sup>1</sup> Segundo as estatísticas da Corte Internacional de Arbitragem, o número de partes brasileiras nas suas arbitragens decuplicou entre 1996 e 2005, cf. WALD, Arnoldo; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Ob. cit.

<sup>2</sup> Referidas regras estavam dispostas nos artigos 215 a 224 do Regimento Interno do STF, inseridas no Capítulo II, sob o título "Da Homologação de Sentença Estrangeira".

Naquela compleição, a eficácia de sentença arbitral estrangeira se dava após "...homologação pelo Supremo Tribunal Federal ou por seu Presidente", conforme redação do art. 215 do Regimento Interno do STF<sup>3</sup>.

Eram óbices impeditivos à homologação a ofensa à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes. A referência a ofensa aos "bons costumes" constituía fator especialmente relevante no que dizia respeito às sentenças arbitrais, especialmente antes da vigência da Lei n. 9.307/1996, vez que, na realidade, até o seu advento, a arbitragem não era instituto consagrado no direito brasileiro.

Atualmente, após a Emenda Constitucional n. 45/2004, a homologação de sentenças estrangeiras, aí incluídas as arbitrais, passaram a ser de competência do STJ, que regulamentou o procedimento para processamento por meio da Resolução n. 09, de 04 de maio de 2005<sup>4</sup>.

Referida Resolução, interpretada em conjunto com a Lei n. 9.307/1996, em especial os seus artigos 34 a 40, inseridos no Capítulo VI, que trata "Do Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras", são as normas que regulamentam o processo de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras na atualidade.

<sup>3</sup> Tal redação poderia gerar uma aparente confusão quanto à competência interna no STF para homologação da sentença estrangeira, já que previa que a mesma se daria pelo *Supremo Tribunal Federal ou por seu Presidente*. No entanto, essa confusão era apenas aparente, pois na realidade a homologação se dava por ato do Presidente apenas nos casos em que não houvesse impugnação a ela, sendo que todos os demais casos deveriam ser distribuídos a relator e processados perante o Plenário da Corte.

<sup>4</sup> Verifica-se que há, atualmente, expressa alusão à homologação de provimentos não-judiciais, entre os quais a arbitragem encontra-se inserida (art. 4º, § 1º). No Regimento Interno do STF, não havia essa menção expressa, muito embora uma interpretação à luz da Lei n. 9.307 levasse à conclusão inevitável de que deveria submeter-se ao mesmo rito estabelecido para as homologações de sentenças estrangeiras de um modo geral, em decorrência do disposto no seu art. 35.

A partir dessa mudança, a competência para homologar sentença arbitral estrangeira é do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, salvo nos casos em que haja contestação à homologação, os quais deverão ser distribuídos para julgamento pela Corte Especial, cabendo aí ao relator praticar os "... demais atos relativos ao andamento e à instrução do processo".

Algumas modificações podem ser verificadas, em relação ao procedimento previsto pelo STF. Em primeiro lugar, verifica-se que não há mais referência à ofensa aos bons costumes, como óbice à homologação, cabendo apenas sua rejeição em caso de ofensa à soberania e à ordem pública nacional. Ambos os termos têm-se confundido, pois há casos em que a ofensa à soberania é sustentada como óbice à homologação quando na verdade está-se enfrentando caso de ofensa à ordem pública nacional, assim compreendida como o ordenamento jurídico<sup>5</sup>. Todavia, nesse caso, o avanço foi positivo.

No que diz respeito aos requisitos para homologação, o art. 5º da referida Resolução n. 09/2005 (STJ) praticamente reproduz o que dispunha o art. 217 do Regimento Interno do STF<sup>6</sup>. Tais requisitos devem ser, no que diz respeito à homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, interpretados em conjunto com o disposto nos art. 37 e 38 da Lei de Arbitragem<sup>7</sup>. Portanto, apesar da

<sup>5</sup> Neste sentido, ver SEC 826/KR, Relator Min. Hamilton Carvalhido, julgado pela Corte Especial em 15/09/2010, e também SEC 1734/PT, Relator Min. Fernando Gonçalves, julgado pela Corte Especial em 15/09/2010.

<sup>6</sup> São requisitos para a homologação de sentenças estrangeiras: (1) haver sido proferida por juiz competente; (2) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; (3) ter transitado em julgado; e, (4) estar autenticada por cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil.

<sup>7</sup> Art. 37. A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com: I – o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente

redação do *caput* do artigo 9º, que estabelece que "... a defesa somente poderá versar sobre a autenticidade dos documentos, inteligência da decisão e observância desta Resolução", é certo que, em se tratando de sentenças arbitrais, a contestação ao pedido de homologação pode e deve, quando for o caso, referir-se também ao disposto nos incisos do art. 38 da Lei de Arbitragem.

Outro requisito do pedido de homologação é ser o objeto do litígio passível de solução por arbitragem segundo a lei brasileira. Dessa forma, se a causa submetida à arbitragem internacional versar sobre objeto cuja resolução via arbitragem é vedada em nosso ordenamento, a sentença arbitral dela decorrente não poderá ser homologada.

O novo regramento das homologações, talvez motivado pela busca da celeridade, deixou de prever a possibilidade de réplica à contestação, anteriormente prevista no § 2º do art. 221 do RI STF, mas manteve a necessidade de vista dos autos ao Ministério Público, pelo prazo de dez dias, podendo ainda impugná-las. A ausência da possibilidade de réplica não impede, em face do direito de petição, que a requerente

---

certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial; II – o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial. Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que: I – as partes na convenção de arbitragem eram incapazes; II – a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida; III – não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa; IV – a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem; V – a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória; VI – a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.

do pedido apresente contrarrazões aos argumentos trazidos pela parte adversa, especialmente quando houver pertinência. Em alguns casos, poderá o próprio relator determinar a intimação para que a parte se insurja se houver motivos para tanto.

Outra modificação havida é a que diz respeito à execução da sentença estrangeira homologada. No Regimento Interno do STF, havia previsão de que a mesma se daria por carta de sentença, junto ao juízo competente, não explicitando se deveria ser no juízo cível ou federal. Na Resolução n. 9/2005 (STJ), regra em vigor atualmente, percebe-se que se estabeleceu a competência do Juízo Federal competente, independentemente da natureza da causa.

Ao examinarem-se as diferenças havidas entre as novas regras do procedimento, fácil é a percepção de que, no respeitante à homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, grande avanço foi a admissão expressa de homologação parcial e homologação da tutela de urgência, positivados nos §§ 2º e 3º do art. 4º da Resolução n. 09/2005 (STJ), temas sobre os quais o Regimento Interno do STF era silente.

Desse modo, admite-se, no plexo normativo atual, a homologação parcial de sentenças arbitrais estrangeiras, bem como a homologação das tutelas de urgência. No que se refere à homologação parcial, tal avanço permitiu que seja homologada a sentença ainda que advinda de processo que esteja em parte "contaminado" pelo não preenchimento de algum dos requisitos estabelecidos no art. 38 da Lei n. 9.307/1996, e/ou, encontre óbice na ofensa parcial da ordem pública ou da soberania nacional. No que tange às tutelas de urgência, grande foi a evolução, já que permite, sem dúvidas, a implementação de tutelas de urgência concedidas em sede de arbitragem internacional.

Com exceção desses dois grandes avanços, contudo, conclui-se que a Resolução n. 09/2005 (STJ) pouco mudou em relação às regras verificadas no Regimento Inter-

no do STF. Há casos em que a Resolução n. 09/2005 é mera repetição do texto do Regimento Interno. No que se refere ao instituto da arbitragem, só consolidado no Brasil após a edição da Lei de Arbitragem, esse avanço é pequeno, e a atual Resolução deixa a desejar em alguns pontos. Entretanto, sabe-se que tal norma possui caráter provisório, por previsão do seu próprio art. 1º, que estabelece caber ao plenário do STJ aprovar "...disposições regimentais próprias". Todavia, passados seis anos, não houve mais qualquer deliberação sobre o assunto.

### 3. Homologação de sentença arbitral estrangeira no Projeto do Novo Código de Processo Civil

O Projeto do Novo Código de Processo Civil dedica o seu Capítulo V à "Homologação de Sentença Estrangeira ou de Sentença Arbitral"<sup>8</sup>. De logo, infere-se que, ao referir-

<sup>8</sup> CAPÍTULO V – Da Homologação de Sentença Estrangeira ou de Sentença Arbitral – Art. 878. A homologação de decisões estrangeiras será requerida por carta rogatória ou por ação de homologação de decisão estrangeira. Parágrafo único. A homologação obedecerá ao que dispuser o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Art. 879. As decisões estrangeiras somente terão eficácia no Brasil após homologadas. § 1º São passíveis de homologação todas as decisões, interlocutórias ou finais, bem como as não judiciais que, pela lei brasileira, teriam natureza jurisdicional. § 2º As decisões estrangeiras poderão ser homologadas parcialmente. § 3º A autoridade judiciária brasileira poderá deferir pedidos de urgência, assim como realizar atos de execução provisória, nos procedimentos de homologação de decisões estrangeiras. § 4º Haverá homologação de decisões estrangeiras, para fins de execução fiscal, quando prevista em tratado ou em promessa de reciprocidade apresentada à autoridade brasileira. Art. 880. São passíveis de homologação as decisões estrangeiras concessivas de medidas de urgência, interlocutórias e finais. § 1º O juízo sobre a urgência da medida compete exclusivamente à autoridade jurisdicional requerente. § 2º A decisão que denegar a homologação da sentença estrangeira revogará a tutela de urgência. Art. 881. Constituem requisitos indispensáveis à homologação da decisão: I – ser proferida por autoridade competente; II – ser precedida de citação regular, ainda que verificada a revelia; III – ser eficaz no país em que foi proferida; IV – estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acom-

-se à *sentença arbitral*, o Novo CPC está, em realidade, querendo referir-se às *sentenças arbitrais estrangeiras*, já que não existe, desde o advento da Lei de Arbitragem, a necessidade de homologação de sentenças arbitrais nacionais.

O Novo CPC dedica os artigos 878 a 883 a dispor sobre o processo de homologação. De face, remete ao que dispuser o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, ensejando a conclusão de que as normas da atual Resolução n. 09/2005 (STJ) – a falta de estipulação regimental – continuariam em vigor, naquilo que não contrariar o que estabelecer o Novo CPC (art. 878, parágrafo único).

Logo no § 1º do artigo 879, vê-se importante inovação, constituída na possibilidade de homologação de decisões interlocutórias, bem como na possibilidade de deferimento de pedidos de urgência e atos de execução provisória nos procedimentos de homologação de sentença estrangeira, aí incluindo as sentenças arbitrais. Tal regramento é complementado, de forma mais incisiva ainda, no art. 880, que diz serem "... passíveis de homologação as decisões estrangeiras concessivas de medidas de urgência, interlocutórias e finais".

Todavia, o § 1º do art. 880 traz a observação de que "... o juízo sobre a urgência da medida compete exclusivamente à autoridade jurisdicional competente". Significa que não caberá ao STJ rever os fundamentos da tutela de urgência (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*), cabendo nessa seara somente o cumprimento da decisão proferida. Sabe-se que sempre poderá o STJ negar a homologação e o cumprimento ao

panhada de tradução oficial; V – não haver manifesta ofensa à ordem pública. Parágrafo único. As medidas de urgência, ainda que proferidas sem a audiência do réu, poderão ser homologadas, desde que garantido o contraditório em momento posterior. Art. 882. Não serão homologadas as decisões estrangeiras nas hipóteses de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira. Art. 883. A decisão extraída dos autos da homologação será efetivada em conformidade com as regras que regem a execução de sentença estrangeira.

argumento de ofensa à ordem pública e à soberania nacional.

O estabelecido no § 1º do art. 880, ao mencionar *autoridade jurisdicional requerente*, pode criar certo embaraço interpretativo. Primeiro, porque se refere a autoridade *requerente*. Ora, na nova sistematização, só haverá autoridade jurisdicional requerente nos procedimentos de homologação requeridos por cartas rogatórias (art. 878, *caput*) – até porque a própria Lei de Arbitragem prevê que a homologação da sentença arbitral estrangeira se dará por requerimento da parte interessada (art. 37, *caput*, Lei n. 9.307/1996). Essa observação levaria à conclusão inexorável de que a homologação de decisões interlocutórias estrangeiras estará restrita às decisões judiciais! Isso representaria um retrocesso, já que a sistematização atual, ainda que incompleta e em alguns aspectos falhas, não faz essa restrição – é bem verdade que não restringe justamente porque não dispõe expressamente sobre o assunto.

A solução para tal dilema seria admitir-se que, quando se tratarem de decisões judiciais interlocutórias estrangeiras, o STJ não poderá rever o juízo sobre a urgência da medida; ao passo que, se tratarem de decisões interlocutórias arbitrais estrangeiras, poderá haver essa revisão.

Essa interpretação mostrar-se-á necessária a fim de aproveitar o fato de que, pela primeira vez, admitir-se-á de forma expressa a possibilidade de homologação de decisões interlocutórias proferidas em arbitragens internacionais, e sua execução provisória, além de outras tutelas de urgência eventualmente havidas no curso da ação de homologação. As medidas de urgência poderão ser proferidas sem audiência da parte requerida, mas o contraditório será garantido em momento posterior (parágrafo único, do art. 881).

Mais uma diferença que se percebe é a exclusão do óbice de ofensa à soberania nacional como restritivo à homologação da sentença. De fato, a inclusão daquele

óbice já se mostrava despicienda, tendo em conta que muitas vezes era confundido com a ofensa à ordem pública nacional. No mais, os requisitos dispostos no art. 881 (proferimento por autoridade competente, ser precedida de citação regular ou revelia, ser eficaz no país em que proferida, estar autenticada por cônsul e ser traduzida, além de não ofender a ordem pública) reproduzem o que já é previsto atualmente.

No que diz respeito aos requisitos, quando se tratar de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, acrescer-se-á a tal rol o disposto no artigo 38 da Lei de Arbitragem, por serem normas específicas ao processo de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras.

Verifica-se, por fim, que a execução da sentença arbitral estrangeira homologada será de competência do juízo cível, o que representará mudança ao sistema atual, que prevê a competência da Justiça Federal (art. 493, inciso III, Novo CPC). O procedimento daí resultante não é previsto de forma expressa, mas certamente após a homologação a parte interessada requererá a expedição de carta de sentença a fim de dar início à execução.

Convém ainda anotar que a pendência de causa perante a jurisdição brasileira não impedirá a homologação de sentença judicial ou arbitral estrangeira (parágrafo único do art. 23).

#### 4. Críticas e sugestões

Ao refletir-se sobre o que dispõe o Novo CPC em relação à homologação de sentenças estrangeiras, aí incluídas as arbitrais, percebe-se que o legislador arrisca perder ótima oportunidade para avançar cada vez mais.

De fato, já se discorreu sobre o avanço e a importância do instituto da arbitragem, não só como válvula de escape para um Poder Judiciário anacrônico e ainda sobrecarregado (apesar dos avanços já obtidos com as últimas reformas), mas principal-



mente como instrumento catalisador do desenvolvimento econômico, já que, pela série de motivos já delineados, a arbitragem é hoje sinônimo de evolução das relações comerciais, sobretudo as que envolvam partes de múltiplas nacionalidades. O comércio internacional moderno não é mais concebível sem o instituto da arbitragem.

No entanto, apesar do significativo aumento da importância da arbitragem, especialmente a partir da última década e meia, as regras processuais nacionais não avançaram com a mesma rapidez.

Um problema constante, e não só em relação às arbitragens estrangeiras, mas também às nacionais, diz respeito à execução/cumprimento de decisões arbitrais interlocutórias. Atualmente, ainda verberam dúvidas sobre a forma de execução e até mesmo sobre a possibilidade de sua concessão.

O Projeto do Novo CPC não deixa clara a possibilidade de homologação de decisões interlocutórias, deixando passar ótima oportunidade para resolver tal questão, importantíssima para o instituto da arbitragem. Na realidade, uma interpretação literal do dispositivo sobre o assunto remete a uma conclusão oposta: a de que só cabe a homologação de decisões interlocutórias estrangeiras judiciais, já que o artigo dispõe sobre o juízo de urgência da autoridade judicial requerente, que só haverá em casos de cartas rogatórias (art. 880, § 1º).

Outro tema que não foi enfrentado no Novo CPC diz respeito ao problema da produção de provas no Brasil, relacionada às arbitragens internacionais. Nos dias atuais, é cada vez mais comum a necessidade de produção de provas periciais e documentais no curso de processos arbitrais, tornando necessária previsão de medida processual que assegure o direito da parte que pretende produzir provas em território nacional a fim de instruir procedimento arbitral em curso em Câmara Arbitral internacional.

Não há, tampouco, previsão sobre a forma de liquidar sentença arbitral estrangeira

– se seria da competência da autoridade arbitral estrangeira, ou do juízo cível em que se efetivará a execução/cumprimento da sentença arbitral após a homologação.

Outro problema que remanesce sem solução é a ausência de definição sobre ser ou não possível o ajuizamento, no Brasil, da ação de nulidade de sentença arbitral, prevista no art. 33 da Lei de Arbitragem<sup>9</sup>.

Além dessas observações, caberia ao legislador ter aprofundado reflexão sobre ser ou não necessária a homologação de sentenças declaratórias e constitutivas, reservando a necessidade de homologação apenas para as hipóteses de sentenças estrangeiras condenatórias.

## 5. Conclusões

Pela importância cada vez maior que a arbitragem internacional possui no ordenamento jurídico, e, em especial, na evolução das relações comerciais, formando alicerce fundamental ao desenvolvimento econômico do país, conclui-se que o legislador poderia ter dedicado maior profundidade ao processo de homologação das sentenças arbitrais estrangeiras.

Apesar da disseminação da arbitragem internacional, que é hoje instrumento fundamental do mundo globalizado, não há, no Novo CPC, maior aprofundamento sobre a matéria. Perde-se grande oportunidade de atualizar o tema, e conferir segurança jurídica ainda maior, já que, como atualmente, caberá, sob a égide do futuro CPC, à jurisprudência do STJ definir os

<sup>9</sup> Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei. § 1º A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento. § 2º A sentença que julgar procedente o pedido: I – decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII; II – determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses.



## limites do procedimento de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras.

### Referências

ANDRADE, Marcus Vinícius dos Santos. Considerações sobre a arbitragem e o cumprimento da sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 15, p. 19, out./dez. 2007.

ARMELIN, Donald. Notas sobre a sentença parcial e arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 18, p. 274, jul./set. 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 60, p. 31, out./dez. 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à Justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 61, p. 144, jan./mar. 1992.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Tratado geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no Brasil no terceiro ano de vigência da lei 9.307/96. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). *Aspectos atuais da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.397/96*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Arbitragem: cláusula compromissória: cognição e imperium: medidas cautelares antecipatórias. Civil Law and Common Law: incompetência da Justiça Estatal. *Revista dos Tribunais*, v. 839, p. 129, set. 2005.

CLAY, Thomas. As medidas cautelares requeridas ao árbitro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 18, p. 311, jul./set. 2008.

COLOMBO, Manuela Correa Botelho. Medidas de urgência no processo arbitral brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 183, p. 257, maio 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1, 2.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito processual civil*. São Paulo: Malheiros. 2004. v. 2, 4.

\_\_\_\_\_. Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional: estudos em arbitragem, mediação e negociação. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. v. 2.

GUERRERO, Luis Fernando. Arbitragem e jurisdição: premissa à homologação de sentença arbitral estrangeira. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 159, p. 9, maio. 2008.

GIUSTI, Gilberto. A arbitragem e as partes na arbitragem internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 9, p. 120, abr./jun. 2006.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVEIA, José Roberto Ferreira. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria A. *Código de processo civil anotado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WALD, Arnaldo. O regime legal da cláusula compromissória. competência exclusiva do poder judiciário do local da sede da arbitragem para apreciar litígios a respeito da convenção que a instituiu. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 12, p. 189, jan./mar. 2007.

\_\_\_\_\_. A infra-estrutura, as PPPs e a arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 5, p. 14, abr./jun. 2005.

\_\_\_\_\_. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 2, p. 31, maio/ago. 2004.

\_\_\_\_\_. Uma nova visão dos tratados de proteção de investimento e da arbitragem internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 21, p. 9, abr./jun. 2009.

\_\_\_\_\_. O espírito da arbitragem. *Revista do IASP*, São Paulo, v. 23, p. 22, jan./jun. 2009.

\_\_\_\_\_. Os meios judiciais do controle da sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 1, p. 40, jan-abr/2004.

\_\_\_\_\_. Transferência de sede em arbitragem internacional: novas necessidades e perspectivas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 26, p. 11, jul./set. 2010.

\_\_\_\_\_; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Dez anos da lei de arbitragem. In: \_\_\_\_\_. *Dez anos da lei de arbitragem – aspectos atuais e perspectivas para o instituto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

# *Amicus curiae* no Projeto de novo Código de Processo Civil

Cassio Scarpinella Bueno

## Sumário

1. O Projeto de novo Código de Processo Civil. 2. Oportunidade da regulamentação expressa. 3. Considerações gerais sobre o *amicus curiae*. 4. Anotações ao texto proposto. 4.1. Topologia. 4.2. Hipóteses de intervenção. 4.3. Modalidade da intervenção. 4.4. Quem pode ser *amicus curiae*. 4.5. Prazo para intimação. 4.6. Competência. 4.7. Interposição de recursos. 5. *Amicus curiae* em outros dispositivos do Projeto. 6. Considerações finais.

### 1. O Projeto de novo Código de Processo Civil

Em 2009, o Presidente do Senado Federal instituiu uma Comissão de Juristas para elaborar o Anteprojeto de um novo Código de Processo Civil. Presidida pelo Ministro Luiz Fux, tendo Teresa Arruda Alvim Wambier como relatora, e composta por Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpidio Donizete Nunes, Humberto Theodoro Junior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto Santos Bedaque, Marcos Vinicius Furtado Coelho e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, os resultados daquele trabalho tomaram corpo em Anteprojeto que foi entregue no final do 1º semestre de 2010 àquela Casa Legislativa.

No âmbito do Senado Federal, o Anteprojeto converteu-se no Projeto de Lei do Senado (PLS) 166/2010 e o Senador

Cassio Scarpinella Bueno é Mestre, Doutor e Livre-docente em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da PUC-SP. Professor de Direito Processual Civil nos cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da PUC-SP. Membro e Diretor de Relações Institucionais do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogado.

nomeado para relatá-lo, Valter Pereira, nomeou Comissão Especial não só para a revisão do Anteprojeto mas também – senão principalmente – para analisar, uma a uma, as centenas e centenas de propostas de aperfeiçoamento enviadas àquela Casa, não só pelos próprios Senadores mas principalmente pelos mais diversos segmentos da sociedade brasileira e das instituições nacionais. Essa Comissão foi formada por Athos Gusmão Carneiro, Dorival Renato Pavan, Luis Henrique Volpe Camargo e pelo autor deste breve ensaio.

Com diversas modificações, o Senado Federal acabou por aprovar, no final do mês de dezembro de 2010, substitutivo ao PLS 166/2010 que, enviado de imediato à Câmara dos Deputados, para os fins do art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal, lá tramita sob o número 8.046/2010 e que, quando do fechamento do presente trabalho, não tinha, ainda, relator designado.

O Projeto, tal qual aprovado no Senado Federal, disciplina expressamente a intervenção do *amicus curiae* e o faz entre as modalidades de intervenção de terceiros já conhecidas pelo direito processual civil brasileiro, embora com alterações que, em outra oportunidade, são merecedoras de considerações.

Eis o texto, tal qual projetado pelo Senado Federal, para o *amicus curiae*:

“Art. 322. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação.

*Parágrafo único.* A intervenção de que trata o *caput* não importa alteração de competência, nem autoriza a interposição de recursos.”

A redação proposta para a mesma intervenção pela Comissão de Juristas era a seguinte:

“Art. 320. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da lide, poderá, por despacho irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural, órgão ou entidade especializada, no prazo de dez dias da sua intimação.

*Parágrafo único.* A intervenção de que trata o *caput* não importa alteração de competência, nem autoriza a interposição de recursos.”

## 2. Oportunidade da regulamentação expressa

O Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas, como visto no n. 1, *supra*, já propunha disciplina expressa da intervenção do *amicus curiae*. Trata-se, irrecusavelmente, de uma importante contribuição feita por aquele grupo de trabalho, o de *explicitar*, dando disciplina jurídica no Código de Processo Civil, a uma modalidade *diferente* de intervenção de terceiros. Até para que ninguém possa negar que, mesmo sem *lei expressa*, era não só possível, mas *necessário*, admitir aquela intervenção de forma generalizada; não havendo qualquer razão, analisando-se o tema, como deve ser analisado, da perspectiva do “modelo constitucional do direito processual civil”<sup>1</sup>, para limitar aquela modalidade interventiva aos casos de controle concentrado da constitucionalidade<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Oportuníssimo, a propósito, o art. 1º do Projeto de novo Código de Processo Civil, que já constava do Anteprojeto apresentado pela Comissão de Juristas: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

<sup>2</sup> Para a discussão do tema, v. Bueno (2008, p. 621-627).

É, no particular, extremamente coerente o Anteprojeto como também o foi o Senado Federal ao manter o instituto no Substitutivo tal qual aprovado. É que, no direito estrangeiro, o *amicus curiae* mostra toda sua importância quando os efeitos de um *leading case* podem afetar outros casos, vinculando-se direta ou indiretamente. Como o que se propõe para um novo Código de Processo Civil toma a *uniformização da jurisprudência* como um objetivo a ser atingido por diversas técnicas (art. 882)<sup>3</sup>, nada mais correto do que admitir, generalizadamente, a intervenção daquele terceiro. Trata-se, como tivemos oportunidade de demonstrar longamente em outra oportunidade, de fator de *legitimação* jurisdicional na criação de precedentes. Mais ainda, vale o destaque, quando a tradição do nosso direito não se baseia na “doutrina do precedente” e, menos ainda, no caráter vinculante das decisões jurisdicionais, ainda que provenientes dos Tribunais Superiores. Assim, a previsão do *amicus curiae* aparece como

<sup>3</sup> Art. 882. Os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte: I - sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante; II - os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem; III - a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados; IV - a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia; V - na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas. § 2º Os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria”.

verdadeira regra de *balanceamento* mais que justificável e oportuno para uma nova lei, que pretende ser verdadeiro marco de transição para uma nova forma de pensar o direito (o direito como um todo, vale a ressalva; não apenas o direito processual civil) (BUENO, 2008, p. 78-85; 639-646).

### 3. Considerações gerais sobre o *amicus curiae*

Antes de analisar, posto que brevemente, o art. 322, tal qual projetado para o novo Código de Processo Civil, fazem-se pertinentes algumas observações sobre o *amicus curiae*.

A origem do *amicus curiae* não é clara na história do direito processual civil. Há autores que afirmam estarem suas origens mais remotas no direito romano; outros, com base em ampla documentação, sustentam que a figura vem do direito inglês, com uso frequente desde o século XVII quando, gradativamente, passou a ter ampla aplicação no direito norte-americano<sup>4</sup>.

Tem sido bastante comum entre as nossas letras a afirmação de que o *amicus curiae* é o “amigo da Corte” ou o “colaborador da Corte”. Embora não haja razão para discordar dessas afirmações, elas são claramente insatisfatórias em todos os sentidos. É que o nosso direito não conhece, pelo menos com este nome, um “amigo” ou um “colaborador” da “Corte”, mesmo que se entenda por “Corte” os Tribunais ou, de forma ainda mais ampla, o Poder Judiciário. De resto, a atuação de qualquer *sujeito processual* que seja “amigo” do juiz pode comprometer a imparcialidade daquele que presta a jurisdição (art. 135, I, do Código de Processo Civil vigente).

Assim, é inócua, porque vazio de significado para a experiência jurídica brasileira, *traduzir* a expressão *amicus curiae* para o vernáculo. Ela, mesmo quando traduzida,

<sup>4</sup> Voltamo-nos a esta pesquisa, com alguma profundidade, em Bueno (2008, p. 87-108).

não tem referencial na nossa história jurídica e, por isso, fica carente de verdadeira identificação. É insuficiente a “tradução vernacular” daquela expressão; é mister encontrar o seu referencial e seu contexto de análise no direito brasileiro.

Ela, mesmo quando traduzida, não tem referencial na nossa história jurídica e, por isso, fica carente de verdadeira identificação. É o mesmo que traduzir a palavra “table” para o português. Se não se sabe o que é uma “mesa”, para que ela serve, como ela se parece, é inócua a tradução. Falta referência. E mais: quando se faz referência a “table” é bem provável que se pense que está sendo empregada a palavra inglesa para referir-se a “mesa”. Mas não necessariamente. “Table” também é palavra que, em francês, significa a mesma coisa. E mais: tanto em inglês como em francês, “table” também pode ser usado como “quadro sinótico” e, por isso, a busca do “referencial” a que fizemos alusão há pouco redundaria necessariamente na busca do adequado contexto do uso da palavra.

Em busca desses referenciais, é importante equiparar o *amicus curiae*, sobretudo em alguma de suas manifestações, a uma das funções que, entre nós, o Ministério Público sempre exerceu e continua a exercer, a de fiscal da lei (*custos legis*) e, em menor escala, ao perito ou, mais amplamente, a um mecanismo de prova no sentido de ser uma das variadas formas de levar ao magistrado, assegurada, por definição, sua imparcialidade, elementos que, direta ou indiretamente, são relevantes para o proferimento de uma decisão. Nesse sentido, uma verdadeira prova *atípica* traduzida na atuação de um terceiro interveniente, uma intervenção de terceiro cuja finalidade última é a de ampliar, aprimorando-o, o objeto de *conhecimento* do juiz com informações relativas a *interesses* metaindividuais (os “interesses *institucionais*” referidos de início) que serão afetados, em alguma medida, pela decisão a ser proferida: uma intervenção de terceiros com finalidade *instrutória*,

portanto<sup>5</sup>. Trata-se, por isso mesmo, de uma intervenção por *inserção*<sup>6</sup>.

É como se se dissesse que o *amicus curiae* faz as vezes de um “fiscal da lei” – e não do fiscal da lei que o direito brasileiro conhece, que é o Ministério Público – em uma sociedade incrivelmente complexa em todos os sentidos; como se ele fosse o *portador* dos diversos interesses existentes na sociedade civil e no próprio Estado e que, de alguma forma, tendem a ser atingidos, mesmo que em graus variáveis, pelas decisões jurisdicionais. Ele, o *amicus curiae*, tem que ser entendido como um adequado *representante* desses interesses que existem na sociedade e no Estado (“fora do processo”, portanto) mas que serão afetados, em alguma medida, pela decisão a ser tomada “dentro do processo”. O *amicus curiae*, nesse sentido, atua em juízo para a tutela desses interesses, e é por isso mesmo que sua admissão em juízo depende sempre e em qualquer caso da comprovação de que ele se apresenta no plano material como um “adequado representante destes interesses” (v. n. 1, *supra*).

Trata-se, neste sentido, de um inegável ponto de contato entre o “direito processual civil *individual*” e o chamado “direito processual *coletivo*” na exata medida em que as decisões jurisdicionais tendem a afetar cada vez mais pessoas ou grupos que não participam diretamente do processo no próprio plano processual. É o que se dá, de forma muito evidente, com os chamados “efeitos vinculantes” e, de forma ampla, com qualquer “precedente jurisprudencial”<sup>7</sup>. Mas não só. Justificativa importante que *legítima* a intervenção do *amicus curiae* reside também no plano material, máxime nas situações disciplinadas por normas jurídicas que se caracterizam pela abertura de sua tessitura textual<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Para uma mais detida análise da questão, v. Bueno (2008, p. 430-447).

<sup>6</sup> Trata-se de critério classificatório que tem como inspiração a doutrina de Athos Gusmão Carneiro, (2009, p. 85).

<sup>7</sup> A respeito, v. Bueno (2008, p. 36-39; 475-493).

<sup>8</sup> Cf. BUENO (2008, p. 17-36).



Nestas condições, o *amicus curiae*, no direito brasileiro, tem tudo para desempenhar um papel *paralelo* e *complementar* à função exercida tradicionalmente pelo Ministério Público como fiscal da lei porque uma das características mais marcantes da sociedade e do Estado atuais é o *pluralismo*. O transporte para o plano do processo desse pluralismo é providência inarredável sob pena de descompasso entre o que existe “fora” e “dentro” dele. Como esses interesses não são necessariamente “subjektiváveis” nos indivíduos – por isso eles serem propriamente denominados “interesses” e não “direitos” –, faz-se mister encontrar quem o direito brasileiro reconhece como seu legítimo portador. É este o contexto adequado de análise do *amicus curiae*. Não é diverso, de resto, com o que a história jurídica nacional recente experimentou relativamente com o “direito processual coletivo”: quem tem condições de atuar em nome de uma dada coletividade em juízo? Quem tem “legitimidade” para tutelar, em juízo, interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos?

Neste contexto de análise, não há como recusar ser, o *amicus curiae*, agente do contraditório. “Contraditório” no sentido de “cooperação”, de “coordenação”, de “colaboração”, em consonância, pois, com o “modelo constitucional do direito processual civil brasileiro”. Um contraditório cujo exercício amplo encontra fundamento normativo também nos arts. 339 e 341 do Código de Processo Civil vigente e encontra eco seguro nos arts. 364 e 366 do Projeto. Trata-se, em suma, de um “contraditório presumido”, um “contraditório institucionalizado”: contraditório que deve ser entendido e aplicado à luz de uma sociedade e de um Estado plural como fator decisivo e essencial para a tomada de decisões pelo Estado no exercício de qualquer uma de suas funções, inclusive, como interessa para cá, o exercício da função *jurisdicional*.

O *amicus curiae* deve ser entendido como um especial terceiro interessado que, por

iniciativa própria (intervenção *espontânea*) ou por determinação judicial (intervenção *provocada*)<sup>9</sup>, intervém em processo pendente com vistas a enriquecer o debate judicial sobre as mais diversas questões jurídicas, portando, para o ambiente judiciário, valores dispersos na sociedade civil e no próprio Estado, que, de uma forma mais ou menos intensa, serão afetados pelo que vier a ser decidido, legitimando e pluralizando, com a sua iniciativa, as decisões tomadas pelo Poder Judiciário.

A afirmação de que o *amicus curiae* é um terceiro, contudo, não o torna, ao contrário do que se lê em boa parte da doutrina que se manifestou sobre o assunto, um “assistente”, nem, tampouco, um “assistente *sui generis*”.

É que a razão pela qual o *amicus curiae* intervém em um dado processo alheio não guarda nenhuma relação com o que motiva e justifica, perante a lei processual civil, o ingresso do assistente, seja na forma *simples*, seja na *litisconsorcial*. Também não guarda nenhuma relação com as demais modalidades de intervenção de terceiros conhecidas pelo direito brasileiro.

O que enseja a intervenção desse “terceiro” no processo é a circunstância de ser ele, desde o plano material, legítimo portador de um “interesse *institucional*”, assim entendido aquele interesse que ultrapassa a esfera jurídica de *um* indivíduo e que, por isso mesmo, é um interesse metaindividual, típico de uma sociedade pluralista e democrática, que é titularizado por grupos ou por segmentos sociais mais ou menos bem definidos.

O *amicus curiae* não atua, assim, em prol de um indivíduo ou uma pessoa, como faz o assistente, em prol de um *direito* de alguém. Ele atua em prol de um *interesse*, que pode, até mesmo, não ser titularizado por ninguém, embora seja compartilhado difusa ou coletivamente por um grupo de

<sup>9</sup> Uma vez mais, fazendo eco às considerações da nota 7, empregamos o critério classificatório proposto por Athos Gusmão Carneiro (2009, p. 85).



pessoas e que tende a ser afetado pelo que vier a ser decidido no processo.

O chamado “interesse institucional” autoriza o ingresso do *amicus curiae* em processo alheio para que a decisão a ser proferida leve em consideração as informações disponíveis sobre os impactos do que será decidido perante aqueles grupos, que estão *fora* do processo e que, pela intervenção aqui discutida, conseguem dele participar. Nesse sentido, não há como negar ao *amicus curiae* uma função de *legitimação* da própria prestação da tutela jurisdicional uma vez que ele se apresenta perante o Poder Judiciário como adequado portador de vozes da sociedade e do próprio Estado que, sem sua intervenção, não seriam ouvidas ou se o fossem o seriam de maneira insuficiente pelo juiz<sup>10</sup>.

A atuação processual do *amicus curiae*, como se dá com todos os demais intervenientes, vincula-se umbilicalmente à razão de ser de sua própria intervenção. Considerando que o norte de seu ingresso é o de aprimorar a decisão jurisdicional a ser proferida, levando ao Estado-juiz informações complementares que, de outro modo, não seriam, muito provavelmente, de conhecimento seu, pode ele desempenhar todo e qualquer ato processual que seja correlato para se atingir aquela finalidade. De nada valeria admitir uma tal intervenção, se não lhe fossem reconhecidos correlatos poderes de atuação processual para justificar e atingir a finalidade que a justifique.

#### 4. Anotações ao texto proposto

Feitas as breves considerações que ocupam o número anterior, é hora de tecer alguns comentários à regra proposta pelo Projeto de novo Código de Processo Civil.

<sup>10</sup> Para essa discussão e a dos parágrafos anteriores, acentuando ser o “interesse institucional” a chave para bem compreender o instituto aqui discutido, discernindo-o das demais modalidades de intervenção de terceiro que o direito processual civil brasileiro conhece, v. Bueno (2008, p. 504-515).

#### 4.1. Topologia

O instituto está compreendido na Seção IV do Capítulo IV (“da intervenção de terceiros”) do Título I (“do procedimento comum”) do Livro II (“Processo de conhecimento e cumprimento de sentença”). A Seção I (arts. 308 a 313) é dedicada à *assistência*, tanto na sua modalidade *simples* como na *litisconsorcial*. A Seção II (art. 314 a 318) ocupa-se com a “denúnciação em garantia”, nova denominação proposta para a atual denúnciação da lide, cuja roupagem sugerida mostra-se capaz de mais bem dialogar com as importantes modificações trazidas ao tema, no plano do direito material, pelo Código Civil de 2002 e com maior vocação de garantir efetividade à intervenção. A Seção III (arts. 319 a 321), por fim, volta-se ao “chamamento ao processo”, para quem também cabe a observação anterior.

Ainda que o Livro II tenha recebido no Senado Federal denominação mais adequada para as normas nele contidas (processo de conhecimento e *cumprimento de sentença*), a previsão das modalidades de intervenção de terceiro naquele local do Código de Processo Civil – iniciativa que repete a disciplina atual e que também constava do Anteprojeto – parece que estaria mais bem alocada na Parte Geral que a Comissão de Juristas propôs e o Senado aprovou para corporificar o Livro I do novo Código de Processo Civil.

É certo que a “denúnciação em garantia” e o “chamamento ao processo” visam a constituição de título executivo envolvente do terceiro interveniente. Nesse sentido, são fenômenos típicos de um “processo” em que a *etapa* de conhecimento precede a etapa de cumprimento<sup>11</sup>. A assistência, em ambas as suas modalidades, por sua

<sup>11</sup> Precedência, cabe o destaque, que não necessariamente é a tradicional; que se vincula ao exaurimento da etapa cognitiva perante a primeira e a segunda instâncias. Pode acontecer de a etapa executiva ser precipitada, satisfazendo-se o Projeto (tal qual o direito ora vigente) com o reconhecimento *sumário* do direito a ser satisfeito.

vez, quer permitir que o terceiro atue ao lado de uma das partes para obter decisão favorável. Fenômeno típico da “etapa de conhecimento”, portanto.

No entanto, há diversas outras modalidades de intervenção de terceiro no Código atual e no projetado que estão dispersas nele e, nem por isso, perdem essa característica e finalidade. É o que ocorre com o “incidente da desconsideração da personalidade jurídica” (disciplinado pelos arts. 77 a 79 do Projeto localizados no Livro I); com os “embargos de terceiro” (disciplinados pelos arts. 660 a 667 do Projeto localizados no Livro II, mas em seu Título III, entre os “procedimentos especiais” [de jurisdição contenciosa]); com os arts. 863 e 864, quando, ao levantamento do dinheiro, concorrerem vários credores, e quando se alegar a insolvência do executado (art. 865), que estão, essas duas últimas hipóteses, no Livro III, que traz as normas disciplinadoras da execução de título extrajudicial.

A importância de tratar de todas as modalidades de intervenção de terceiros na Parte Geral do Código reside na demonstração de que elas não pertencem a uma etapa do processo, ainda que, pela sua finalidade, possam ter maior aplicação em uma dada etapa mais que em outra. Com relação ao *amicus curiae*, isso é tanto mais importante porque é o próprio Projeto que se refere a ele em mais de um dispositivo, tornando vazia de significado sua localização ao lado das “tradicionais” modalidades interventivas.

De qualquer sorte, a prevalecer a proposta atual, não há razão para entender, máxime diante das mencionadas outras disposições do Projeto, que o *amicus curiae* não é – e nem pode ser – modalidade de intervenção de terceiros confinada à etapa de conhecimento do processo. Sua aplicabilidade na etapa recursal; no “incidente de demandas repetitivas”; em incidentes cognitivos do “cumprimento de sentença” e da execução fundada em título extrajudicial é inegável. Aliás, é essa a sua razão

de ser no direito estrangeiro e, mormente à luz da disciplina que se propõe para ele, também para nós *de lege lata* (Cf. BUENO, 2008, 87-108).

#### 4.2. Hipóteses de intervenção

A intervenção do *amicus curiae* depende, consoante dispõe o art. 322 do Projeto, de o “juiz ou relator” constatar a presença dos seguintes elementos: (i) relevância da matéria, (ii) a especificidade do tema objeto da demanda ou (iii) a repercussão social da controvérsia.

Como escrito acima, o Projeto acolhe (corretamente) a orientação de que o *amicus curiae* é portador de *interesses* relevantes que residem fora do processo para dentro dele. Por isso, a correção dos referenciais exigidos pelo dispositivo.

#### 4.3. Modalidade da intervenção

O art. 322 do Projeto, ao admitir que o “juiz ou relator” “poderá, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir” a intervenção, agasalha a intervenção *provocada* e a intervenção *espontânea* do *amicus curiae* (v. nota 7, *supra*).

Assim, o *amicus curiae* poderá, ele próprio, tomar a iniciativa da intervenção, formulando pedido para o magistrado nesse sentido. É a hipótese, aliás, mais encontrada no foro. Poderá também o *amicus* ser intimado para se manifestar em juízo, hipótese na qual, de acordo com o mesmo dispositivo projetado, terá o prazo de quinze dias para se manifestar.

#### 4.4. Quem pode ser *amicus curiae*

O art. 322 do Projeto admite, como *amicus curiae*, “pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada”. Trata-se de regra bastante ampla e adequada para ampliar a possibilidade de atuação de terceiros sob aquelas vestes e que merece ser interpretada levando em conta as conquistas da doutrina e da jurisprudência sobre o mesmo tema no âmbito do “direito

processual coletivo” (BUENO, 2008, p. 646-655). A regra, ao admitir a pessoa física para atuar na qualidade de *amicus curiae*, merece aplausos. É providência que encontra eco em diversas “audiências públicas” que o Supremo Tribunal Federal vem realizando em sede de controle concentrado de constitucionalidade e que, rigorosamente, devem ser entendidas como casos de *amicus curiae*.<sup>12</sup>

A exigência de “representatividade adequada” é fundamental para o sucesso da intervenção. Até mesmo para justificar a razão de ser dessa modalidade interventiva. É que se o *amicus curiae* não a possuir, não há razão nenhuma para ele atuar no processo. Ele deve *representar* interesses e representá-los adequadamente; ter representatividade perante aqueles que *não têm legitimidade* para atuar (e que são, por isso mesmo, *representados*), ainda que sob alguma modalidade interventiva no processo.

Ter representatividade adequada não significa que o *amicus curiae* precise levar ao processo a manifestação *unânime* daqueles que representa. A *legitimação democrática* que justifica a sua intervenção não é – e nem pode ser nas democracias representativas – sinônimo de *unanimidade*. O que se quer é debate sobre pontos de vista diversos, sobre valorações diversas em busca de consenso *majoritário*; não a *unanimidade*. É pertinente, nesse sentido, a lembrança da Súmula 630 do STF segundo a qual: “A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria”.

#### 4.5. Prazo para intimação

O art. 322 do Projeto reserva o prazo de quinze dias para a manifestação do *amicus curiae*. A hipótese só tem sentido nos casos em que é o magistrado quem toma a iniciativa da convocação. São os casos de “intervenção *provocada*”, portanto.

<sup>12</sup> Para essa demonstração, v. Bueno (2008, p. 130-176).

O prazo deve ser contado levando-se em conta o seguinte: a partir da juntada, aos autos, do comprovante de intimação (art. 248 do Projeto) e os quinze dias devem ser contados em dias úteis (art. 179, *caput*, do Projeto).

#### 4.6. Competência

O parágrafo único projetado contém duas regras diversas. À primeira delas volta-se o presente número.

Nele se lê que a intervenção do *amicus curiae* não acarreta alteração de competência.

A regra é importante porque ela explicita que eventuais entes federais que intervenham no processo para fornecer informações, dados, elementos, em suma, elementos de convicção mas que não titularizam *direito* no processo, apenas *interesse institucional*, não são bastantes para o deslocamento da competência para a Justiça Federal.

Coerentemente, o art. 1.007 do Projeto, tal qual aprovado no Senado, revoga expressamente o art. 5º da Lei n. 9.469/1997, que impunha o deslocamento da competência “para fins recursais”, dispositivo de difícil compatibilização com o “modelo constitucional” e que não era poupado de diversas e contundentes críticas da doutrina que sobre ele se voltou<sup>13</sup>.

É certo que a *escolha*, tal qual feita, pode receber censura do mesmo quilate, quando confrontado o que se propõe com o art. 109, I, da Constituição Federal. Sem pretender fechar posição sobre a matéria – a reflexão e o amadurecimento sobre o que consta do Projeto e sobre o que a ele será incorporado pela Câmara dos Deputados é, antes de tudo, uma necessidade –, a questão tem tudo para ser respondida com a mesma (simplista) solução usualmente dada àquele dispositivo constitucional: como ele não se refere ao *amicus curiae*, a intervenção àquele título não modifica a competência. Fosse

<sup>13</sup> Para essa demonstração, v. Bueno (2008 p. 221-250).

assistência sim. De nossa parte, o mesmo raciocínio não justificaria tantos outros acontecimentos que encontram seu palco na Justiça Federal<sup>14</sup>. Mas, é o caso de reiterar a necessidade de uma mais demorada reflexão sobre o caso.

#### 4.7. Interposição de recursos

A segunda regra contida no parágrafo único do art. 322 projetado é a negativa de “autorização” ao *amicus curiae* de interpor recursos.

A palavra entre as aspas, que é a empregada pelo texto proposto pelo Senado, parece querer ser *neutra*. Com ela, não há necessidade de se responder interessante questão bem detectada pela doutrina sobre se a hipótese seria de *ilegitimidade* do *amicus curiae* para interpor recursos; se o problema seria de falta de *interesse*; ou, pura e simplesmente, uma hipótese de *não cabimento* do recurso.<sup>15</sup>

De qualquer sorte, deixado (corretamente) o impasse para a discussão doutrinária, a regra não merece a nossa concordância. O ideal, segundo sempre pensamos, é que ao *amicus curiae* fosse reconhecida *legitimidade* para o recurso considerando que ele tem aptidão de sucumbir, no sentido técnico do termo, a despeito de não ter *direito* seu no processo em que intervém. A *sucumbência*, no caso, contudo, merece ser medida por parâmetro diverso (trata-se de modalidade interventiva diversa), como base, portanto, na quantidade de “interesse institucional” não suficientemente protegido pela decisão proferida<sup>16</sup>.

Que, ao menos, se ressalvasse expressamente a legitimidade do recurso da decisão que nega a sua intervenção – restrição que, de qualquer sorte, não consta do Subs-

titutivo aprovado pelo Senado Federal (v. n. 1, *supra*) –, até para viabilizar uma mais ampla discussão sobre os casos de sua intervenção, o papel a desempenhar e assim sucessivamente. Essa específica hipótese, todavia, parece ser possível de ser construída e admitida a partir do art. 969, IX, do Projeto, que admite o agravo de instrumento das decisões que não permitem a intervenção de terceiro, coisa que o próprio Projeto (corretamente) diz que o *amicus curiae* é (v. ns. 1 e 4.1, *supra*).

#### 5. Amicus curiae em outros dispositivos do Projeto

O art. 322 do Projeto é, inegavelmente, regra *geral* da intervenção do terceiro na modalidade *amicus curiae*. Diversos outros dispositivos ocupam-se com regras específicas, com determinadas situações que, na mesma esteira da legislação processual civil que está em vigor, preocupam-se com a intervenção para fins de *legitimação* do “precedente” a ser criado.

São as seguintes as hipóteses em que isso se dá no Projeto:

(a) Manifestação de “outros órgãos ou entidades” no incidente de declaração de inconstitucionalidade (art. 903, § 3º);

(b) Manifestação de “pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia” no “incidente de resolução de demandas repetitivas” (art. 935);

(c) Manifestação de “terceiro” em repercussão geral em recurso extraordinário (art. 989, § 5º);

(d) Manifestação de “pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia” nos casos dos recursos extraordinário e especial repetitivos (art. 992, § 2º)

A leitura dessas regras evidencia que não se usou a denominação *amicus curiae*, limitando-se, os textos propostos, a se referir ao interveniente como *terceiro* ou indicando *quem* pode intervir. A não-utilização do nome próprio para descrever aquele fenômeno é de todo indiferente. Bem analisado

<sup>14</sup> Para isso, Cf. BUENO (2008); BUENO (2011, v. 2, p. 58-66).

<sup>15</sup> Para a discussão na perspectiva do *terceiro* recorrente, dialogando entre a “legitimidade” e o “interesse”, v. Wambier (2005, p. 227-244).

<sup>16</sup> Demonstramos o nosso ponto de vista em Bueno (2008, p. 567-576). A jurisprudência, vale o destaque, já era e continua a ser no sentido contrário.

o papel a ser desempenhado por aqueles intervenientes no processo, confrontando-o com as demais modalidades interventivas conhecidas pelo nosso direito, inclusive quando analisado em perspectiva histórica, a hipótese só pode ser de *amicus curiae*, figura que desempenha aquele mesmo papel no direito estrangeiro<sup>17</sup>.

## 6. Considerações finais

O art. 322 não diz o que pode fazer o *amicus curiae*. Diz, embora com a discordância do n. 4.7 *supra*, o que ele não pode fazer, recorrer.

Ao que parece, a intenção é permitir ao *amicus curiae* que intervenha no processo apenas e tão somente para expor o seu ponto de vista sobre a questão debatida, destacando os elementos que, não fosse pela sua intervenção, muito provavelmente não seriam levadas em conta para o proferecimento da decisão.

A perspectiva é correta e não há por que discordar dela. Mas o *atuar* no processo não necessariamente se resume a uma simples manifestação. Há o antes e o depois; há os desdobramentos e as consequências da sua intervenção; há, como proposto, a contagem do prazo; há a dificuldade em se saber se o *amicus curiae* precisa ser representado por advogado; há a dificuldade em saber o que ocorre se o *amicus*, convocado, apresenta sua manifestação fora dos quinze dias que lhe dá a lei ou se não se manifesta; nos casos de intervenção espontânea, até quando ele pode-se manifestar; e tantos outros assuntos de igual importância<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Demonstramos o acerto da afirmação do texto em Bueno (2008, p. 126-129; 621-627), rechaçando a ideia, bastante difundida, quanto a ser bastante, do ponto de vista científico, atestar que o *amicus curiae* é um terceiro. Ser terceiro diz muito pouco sobre a real identidade do *amicus curiae*, além de não permitir sua distinção de qualquer outro terceiro. Dizer que se trata de terceiro *sui generis* é desconhecer a experiência que o estudo do direito estrangeiro pode oferecer ao nosso.

<sup>18</sup> Em Bueno (2008, p. 655-666), apresentamos, *de lege lata*, respostas a todas essas questões que, diante do que escrevemos no texto, mostraram-se como bons pontos de partida para a investigação que se fará ne-

Muito há, portanto, a se pensar sobre o assunto mesmo que seja aprovado pela Câmara dos Deputados o art. 322 do Projeto de Lei n. 8.046/2010.

Nada, contudo, é tão importante quanto a seguinte observação: a fixação de um precedente *jurisdicional*, no sentido correto da expressão, não se pode basear na *quantidade* do que é julgado. E sim, bem diferentemente, na *qualidade* do que se julga. Na exata medida em que o Projeto de novo Código de Processo Civil expressamente assume a *necessidade* de a jurisprudência dos Tribunais vincular os órgãos jurisdicionais a ele subordinados, toda a disciplina daí decorrente não pode ser vista, apenas e tão somente, como regra voltada, única e exclusivamente, à agilização do processo jurisdicional. Os resultados desejados para tal fim, queridos desde o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, o “princípio da economia e eficiência processuais”<sup>19</sup>, são muito mais a *consequência* do que a *causa* que explica a razão de ser daqueles dispositivos.

Os procedimentos projetados para se atingir aquele fim (v., em especial, o n. 5, *supra*), com especial destaque à viabilidade de *abertura* à manifestação do *amicus curiae*, devem ser observados para fomentar um, tão necessariamente amplo como inarredável, debate acerca das teses jurídicas opostas que justificam a manifestação de nossos Tribunais criando condições para que suas decisões sejam *ótimas* e aceitáveis *democraticamente*<sup>20</sup>.

## Referências

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

cessária com a aprovação do novo Código de Processo Civil nos moldes como proposto.

<sup>19</sup> É a expressão que vimos empregando em Bueno (2011, v. 1, p. 179-184).

<sup>20</sup> Para a relação entre “democracia”, “consenso/dissenso” e observância às “regras do jogo” (“procedimentos”), v., por todos, Bobbio (2000, p. 30-33; 73-76).



BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2011. v. 1, 2.

\_\_\_\_\_. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Carneiro, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.





# A execução contra a Fazenda Pública no Projeto do CPC

Cláudia Aparecida Cimardi

## Sumário

1. Noções gerais - o tratamento constitucional do pagamento das dívidas de quantia pela Fazenda Pública. 2. A fase inicial da execução da obrigação de pagar quantia certa. 2.a. No cumprimento de sentença. 2.b. No processo de execução. 3. A intimação / citação da Fazenda Pública. 4. As defesas da Fazenda Pública. 4.a. A impugnação no cumprimento de sentença. 4.b. Os embargos à execução. 5. A expedição da ordem de pagamento. 5.a. O precatório. 5.b. A requisição de pequeno valor. 6. O sequestro. 7. Conclusão.

### *1. Noções gerais - o tratamento constitucional do pagamento das dívidas de quantia pela Fazenda Pública*

As obrigações de pagar quantia certa representadas em título judicial ou extrajudicial, se não adimplidas voluntariamente pelo devedor, tão logo se tornem exigíveis, podem gerar a provocação do Estado-juiz para que este realize atos coercitivos concretos voltados à execução forçada, por meio da determinação de procedimentos executivos preestabelecidos em lei. No dizer de Cândido Rangel Dinamarco (1993, p. 97), “como é comum dizer-se, a execução tem caráter subsidiário, ou secundário, em relação ao adimplemento: só se justifica quando as forças internas da própria obrigação não tiverem sido suficientes para levar o obrigado a adimplir.”

Cláudia Aparecida Cimardi é Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP, Procuradora do Estado de São Paulo, Professora assistente mestre dos cursos de graduação e pós-graduação *lato sensu* da PUC-SP.

O Código de Processo Civil atual estabelece dois procedimentos para a concretização desses atos de força, que possibilitam invadir o patrimônio do devedor solvente, para satisfazer as obrigações não adimplidas, de acordo com a espécie de título: para título judicial, o cumprimento de sentença (arts. 475-I a 475-R) e, para o título extrajudicial, a execução por quantia certa (arts. 646 a 724). Impõe o art. 475-R a aplicabilidade das normas que regem o processo de execução de título extrajudicial à execução de título judicial, quais sejam, os artigos 647 e seguintes, pois ambos os procedimentos têm como atividade executória fundamental a prática de atos de expropriação de bens do devedor para a satisfação do credor.

Tais regras, entretanto, aplicáveis à generalidade das obrigações de pagar quantia certa, por particulares, não regulamentam o pagamento das obrigações impostas às Fazendas Públicas. Isto porque o regime especial de bens das Fazendas Públicas inviabiliza a técnica expropriatória, prevista nos artigos 647 e seguintes do CPC. Os bens públicos, diversamente dos bens dos particulares, são inalienáveis porque vinculados ao interesse público (arts. 100 e 101 do CC) e, por conseguinte, impenhoráveis (art. 649, I, do CPC).

Esta é uma das razões apontadas pelos doutrinadores para que as Fazendas Públicas não se sujeitem às regras gerais de execução forçada alicerçadas na técnica da expropriação de bens do patrimônio do devedor para a satisfação do credor. Todavia, outras razões há para que a Fazenda Pública não tenha tratamento idêntico ao dispensado ao particular. Como ressalta Mauro Spalding (2006, p. 135), são fundamentos para o tratamento diferenciado às Fazendas Públicas: a necessidade de prévia inclusão da dívida em lei orçamentária e de criação de um sistema que fixe um critério, fundado no princípio da isonomia, para o pagamento dos inúmeros credores das fazendas.

Desta feita, nosso sistema jurídico, há muito tempo, contém regras especiais e diferenciadas para o cumprimento das obrigações de pagar quantia certa impostas às Fazendas Públicas, sendo que, desde o início, vieram dispostas em texto constitucional, no qual se tem determinado a prévia inclusão do crédito no orçamento da entidade devedora, observando-se cronologicamente o recebimento da ordem judicial para pagamento, ordem que é denominada precatório. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1934 contemplava a obrigatoriedade de incluir, no orçamento da Fazenda Pública Federal, verbas suficientes ao pagamento das dívidas constantes nos precatórios judiciais. Poucos anos mais tarde, a Constituição Federal de 1.946 estabeleceu o regime especial de pagamento por meio de precatório, e a inclusão da verba correspondente em orçamento às demais fazendas públicas (dos Estados e dos Municípios).

O artigo 100 da Constituição Federal de 1988, seguindo a tradição, manteve o regime estabelecido pela ordem constitucional anterior, fazendo constar a regra de observância da ordem cronológica de entrada dos precatórios para pagamento do crédito, inclusive para os que tenham natureza alimentar, segundo pacífica interpretação do Supremo Tribunal Federal, expressada na Súmula 655: “A exceção prevista no art. 100, *caput*, da Constituição, em favor dos créditos de natureza alimentícia, não dispensa a expedição de precatório, limitando-se a isentá-los da observância da ordem cronológica dos precatórios decorrentes de condenações de outra natureza.” A razão de a Constituição Federal ter diferenciado os créditos de acordo com a natureza da obrigação foi a de estabelecer a preferência ao pagamento dos alimentares, e não de desobrigá-los da sistemática do precatório, como explicita a Súmula 144 do STJ: “os créditos de natureza alimentícia gozam de preferência, desvinculados os precatórios da ordem cronológica dos créditos de natureza diversa.”

Assim, os precatórios representativos de créditos a serem pagos pelas fazendas públicas estão dispostos em duas ordens cronológicas de apresentação, de acordo com sua natureza: os precatórios alimentares, definidos no § 1º-A do art. 100, da CF; e os precatórios não alimentares. Há, portanto, duas “filas” de créditos a serem pagos pelas entidades públicas devedoras, que deverão ser rigorosamente respeitadas, exceto com relação aos créditos cujos titulares gozem de preferência, por se enquadrarem nas hipóteses previstas no art. 100, § 2º, da Constituição Federal.

Como se mencionou inicialmente, a Constituição Federal, no art. 100, § 5º, determina que os créditos devam ser pagos no exercício seguinte à apresentação do precatório, se apresentados até 1º de julho; ou, se apresentados após 1º de julho, no exercício subsequente. Entretanto, já há muito tempo, essa previsão constitucional vem sendo desrespeitada pelos entes públicos devedores, gerando atraso incalculável no pagamento dos precatórios, o que motivou e “justificou” a edição da Emenda Constitucional nº 62/2009, conhecida como a “Emenda do Calote”, sobre a qual não nos manifestaremos, dado o objeto do presente trabalho estar centrado na análise do Projeto de Lei do Senado nº 166/2010<sup>1</sup>, que tratou do procedimento da execução contra a Fazenda Pública.<sup>2</sup>

Com o advento da Emenda Constitucional nº 30/2000, foi acrescentado o § 3º ao artigo 100, o qual estabeleceu um regime diferenciado de pagamento das dívidas das fazendas, dispensando a expedição de precatório, a inclusão prévia em orçamento

<sup>1</sup> Os artigos referidos nesse trabalho são os constantes do Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, com as alterações apresentadas no relatório-geral do Senador Valter Pereira.

<sup>2</sup> Importante observar que o legislador constitucional alterou a redação original do artigo 100, por meio das Emendas 30/2000, 37/2002 e 62/2009. Também assim, foi acrescentado o art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, pela EC 30/2000, e o art. 97, pela EC 92/2009, acima referida.

e, por conseguinte, a espera pelo exercício seguinte ou ainda posterior para o cumprimento da obrigação. Esse dispositivo criou a obrigação de pequeno valor (ou dívida de pequeno valor), e a Emenda Constitucional 37/2002, que trouxe o parágrafo 5º ao artigo 100 (atual § 4º do art. 100, após a EC 92/09), estabeleceu que leis próprias determinariam os valores máximos que seriam fixados para essas obrigações, considerando-se as diversas entidades pagadoras, e suas respectivas capacidades econômicas.

Algumas leis locais regulamentadoras do valor máximo das dívidas a serem pagas com dispensa de precatório foram editadas, e estas, em alguns casos, também estipularam o prazo para pagamento, como, por exemplo, a Lei Federal nº 10.259/01, que, no art. 17, impôs prazo de 60 (sessenta) dias para pagamento das dívidas de toda e qualquer entidade federal, a contar do recebimento da requisição judicial à autoridade pagadora federal; e a Lei Estadual nº 11.377/03, que estabeleceu o pagamento em 90 (noventa) dias das dívidas do Estado de São Paulo, a contar do mesmo termo inicial.

Vê-se, portanto, que a Constituição Federal determina as regras fundamentais para o cumprimento, pelas Fazendas Públicas, das obrigações de pagar quantia certa. E, com relativa frequência, o legislador constitucional modifica o texto original do artigo 100 e dos artigos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que se referem às regras de pagamento de precatórios não quitados na forma imposta pelos atuais §§ 1º e 2º do art. 100. Portanto, em matéria de regulamentação da execução contra a Fazenda Pública, pouco restou ao legislador infraconstitucional, competindo-lhe a especificação de atos procedimentais voltados à efetivação das normas constitucionais.

O Código de Processo Civil atual contém apenas dois artigos (arts. 730 e 731) que disciplinam os atos procedimentais essenciais para a expedição do precatório, e que estão em vigor desde 1º de janeiro de 1974,

antes mesmo da vigente Constituição Federal. Por tal razão, esses dispositivos legais não contam com regulamentação específica para o procedimento voltado à expedição do ofício, ou requisitório, de pequeno valor (OPV ou RPV), e tratam indistintamente do procedimento da execução fundada em título judicial e da embasada em título extrajudicial.

Deve-se consignar que muito se questionou acerca da admissibilidade de ação de execução contra a Fazenda Pública embasada em títulos extrajudiciais.

A redação do art. 100 da CF, antes da edição da EC 30/2000, ensejou grande discussão na doutrina e jurisprudência quanto à possibilidade de o título executivo extrajudicial ser hábil a fundamentar a execução contra a Fazenda Pública, uma vez que o *caput* desse dispositivo referir-se-ia ao pagamento de crédito devido “em virtude de sentença judiciária”. Alguns doutrinadores limitavam a execução contra a Fazenda Pública aos títulos judiciais, fundamentando seus argumentos em interpretação literal do citado dispositivo, e com base em que somente este título, ou seja, a sentença, sujeitar-se-ia ao reexame necessário, como imposto pelo art. 475 do CPC. Outros, no entanto, reconheciam inexistir qualquer óbice legal para que títulos extrajudiciais pudessem ser objeto de execução contra a Fazenda Pública. (CIMARDI, 2007, p. 338) Como ressalta Sérgio Shimura (2005, p. 255), “o fato de não se poder penhorar bens públicos não afasta a possibilidade de a execução lastrear-se em título extrajudicial. Se a Fazenda Pública pode emitir títulos, ensejando relações negociais com terceiros, seria um privilégio inadmissível livrá-la das execuções fulcradas em tais títulos.”

Para finalizar a discussão, em meados de 2003, foi publicada a Súmula 279 do STJ<sup>3</sup>, lastreada em decisões de recursos julgados

<sup>3</sup> Súmula 279 do STJ: “é cabível execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública”.

entre 1994 e 2001, na qual se reconheceu o cabimento de execução contra a Fazenda Pública baseada em título extrajudicial. Todavia, com edição da EC 30/2000, que alterou parcialmente a redação do art. 100, introduzindo-lhe novo parágrafo (§ 1º-A), o legislador constitucional voltou a insistir na afirmação de que débito contra a Fazenda Pública deveria ser oriundo de “sentença judiciária”. Passou-se, então, novamente à discussão acerca do cabimento da execução de título extrajudicial contra a Fazenda Pública, o que, todavia, parece estar absolutamente solucionado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que tem aplicado a referida súmula em inúmeros julgados após o ano de 2000.

O Projeto de Lei do Senado nº 166/2010 assimilou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça exposto na Súmula 279 e reconheceu o cabimento de execução de título extrajudicial contra a Fazenda Pública, com o que prevê *dois procedimentos para o cumprimento das obrigações de pagar quantia contra a Fazenda Pública*, considerando ser o crédito decorrente de título judicial (arts. 519 e 520) ou de título extrajudicial (art. 866). Também assim, o PLS nº 166/2010 fez com que as regras de execução contra a Fazenda Pública estivessem em consonância com o atual regime de execução de títulos judiciais, imposto aos particulares, desde a entrada em vigência da Lei Federal nº 11.232/05, que criou o procedimento do cumprimento de sentença, como uma fase do processo de conhecimento, em sendo possível a efetivação da sentença, provisória ou definitiva, sem que haja a necessária formação de novo processo – o de uma ação de execução autônoma – para tais fins.

Estes são os dispositivos do Projeto de Lei do Senado nº 166 de 2010 que serão objeto de análise no presente trabalho, que visa precipuamente apontar as mudanças que poderão advir com sua aprovação no tocante ao trâmite procedimental por eles regulamentado.

## 2. A fase inicial da execução da obrigação de pagar quantia certa

Exigível o título executivo – judicial ou extrajudicial –, o credor necessariamente terá que se valer da atuação do Poder Judiciário para receber seu crédito se a devedora for a Fazenda Pública. Não há possibilidade de pagamento sem que sejam realizados os atos procedimentais previstos na Constituição Federal e legislação processual respectiva. Esclarece Humberto Theodoro Junior que, “quando se trata de obrigação de pagar soma de dinheiro, seja qual for sua origem (sem excluir aquelas provenientes da conversão de obrigações de fazer ou de entregar coisa), a execução contra a Fazenda Pública sempre estará sujeita ao procedimento especial previsto no art. 730 do CPC e no art. 100 da CF. Tal procedimento desenvolveu-se por medidas processuais e administrativas, que não incluem penhora ou outros expedientes de expropriação judicial imediata de bens do patrimônio. Apenas em situações muito especiais o CPC e a CF cogitam da possibilidade de seqüestro de verbas públicas, como incidente dessa modalidade de execução forçada, pois a regra básica é a impenhorabilidade de todos os bens e valores que compõem o patrimônio público” (THEODORO JUNIOR, 2009, p. 392).<sup>4</sup>

Para que seja dado início ao procedimento voltado ao pagamento das dívidas das Fazendas Públicas, imprescindível a iniciativa do credor, por meio de requerimento que deve preencher os requisitos a seguir mencionados, de acordo com a espécie do título que possua. Assim, o nas-

cimento do precatório depende da provocação do credor, que instaura o procedimento judicial adequado à expedição da ordem do Poder Judiciário, à entidade devedora, para que esta realize o pagamento segundo os ditames constitucionais, como prevê o art. 500, § 1º, do PLS 166/2010.

### 2.a. No cumprimento de sentença

Os artigos 519 e 520 do PLS 166/2010 disciplinam o *procedimento da execução de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública fundada em título judicial*, dispensam a formação de nova relação jurídica processual, e, portanto a inauguração de um processo diferente ao de conhecimento no qual se originou o título. O PLS 166/2010, como não poderia deixar de ser, assimilou a sistemática vigente no Código de Processo Civil atual que, desde as alterações introduzidas pela Lei 11.232/09, determina que a sentença – e outros títulos a ela equiparados em virtude de texto legal – seja executada por meio de um procedimento sequencial ao do processo de conhecimento, que tem início com um pedido formulado pelo credor, sendo aplicável, portanto, a previsão geral contida no art. 500, § 1º, do PLS 166/2010.

O *caput* do art. 519 estabelece que, “*transitada em julgado a sentença que impuser à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa, ou, se for o caso, a decisão que julgar a liquidação, o exequente apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito...*”. Esse dispositivo parece condicionar a admissibilidade do pedido do credor, e portanto o início da execução, ao trânsito em julgado da sentença, negando, assim, a possibilidade de execução provisória contra a Fazenda Pública. E parece também estar em consonância à regra firmada pela redação do art. 100, § 5º, da CF, que impõe ser “... obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de *sentenças transitadas em julgado...*”. Assim afirma Antônio Flávio de Oliveira (2007,

<sup>4</sup> O autor se refere aos casos excepcionais em que o Superior Tribunal de Justiça deferiu o sequestro de verbas públicas, para pagamento de precatórios vencidos, em observância a direito fundamental da pessoa humana, como a saúde e a vida; como, por exemplo, no RE 271.286-AgRg e outros. A EC 62/10 contemplou tais situações especiais, autorizando o pagamento preferencial de débitos de natureza alimentícia dos titulares que tenham 60 anos ou mais, ou que sejam portadores de doença grave (art. 100, § 2º, da CF).



p. 76): “... o § 1º do art. 100 da Constituição Federal de 1988 apenas torna obrigatória a inclusão do precatório no orçamento que a decisão da qual este tenha se originado tenha transitado em julgado. Não há, por isso, que se falar em execução provisória, visto que somente se executa a Fazenda por meio de precatório, em se tratando de condenações em valores expressos em moeda corrente.”

Todavia, para alguns doutrinadores, admissível a execução provisória contra a Fazenda Pública, pois proíbe a Constituição Federal a expedição do precatório sem que tenha ocorrido o trânsito em julgado, mas não a realização dos atos processuais que o antecedem.

Ressalta Leonardo Carneiro da Cunha (2007, p. 236) que “o trânsito em julgado, não custa repetir, é necessário, apenas, para a expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor. O procedimento que antecede tal expedição já pode – e recomenda-se que assim seja – ser adiantado, em prol, até mesmo, do princípio constitucional da duração razoável dos processos (CF/88, art. 5º, LXXVIII)”.

No mesmo sentido, afirma Gilson Delgado Miranda (2006, p. 804) que, “... se defendemos a admissão da execução baseada em título extrajudicial, por que teríamos que obrigar o trânsito em julgado da sentença para dar início à execução, vinculando-se o aguardo da apreciação dos Tribunais Superiores? A interpretação da CF deve ser coerente. Assim, mantida a sentença pelo tribunal, esta poderá ser impugnada mediante recursos extraordinário e especial, recebidos no efeito meramente devolutivo (art. 497 do CPC), sem prejuízo do início da execução”.

Com efeito, *a Constituição Federal proíbe a expedição do precatório, antes do trânsito em julgado, pois é necessário que a sentença seja definitiva, isto é, que não possa ocorrer a perspectiva de ter seu conteúdo alterado em virtude de julgamento de recurso pendente sem efeito suspensivo.* Segundo estabelece a Resolução

115/2010 do Conselho Nacional de Justiça, em seu art. 4º, *caput*, “para efeito do disposto no *caput* do art. 100 da Constituição Federal, considera-se como momento da apresentação do precatório o do recebimento do ofício perante o Tribunal ao qual se vincula o juízo da execução”.

Logo, a realização de todos os atos procedimentais que antecedem esse momento não está proibida, pois o texto constitucional somente veda a expedição do precatório, sem que haja o trânsito em julgado.

Ao disciplinar o requerimento inicial do credor, o artigo 519 do PLS 166/2010 estabelece que:

“Art. 519. Transitada em julgado a sentença que impuser à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa, ou, se for o caso, a decisão que julgar a liquidação, o exequente apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito contendo:”

O texto transcrito aponta como requisito ao início do cumprimento de sentença o trânsito em julgado, ou seja, traz exigência não contida expressamente no texto constitucional. Tal dispositivo parece não possibilitar que sejam efetivados os atos procedimentais que antecedem a expedição do precatório, pois impõe que somente com o trânsito em julgado poderá o exequente formular o pedido de início do cumprimento de sentença.

Nada obstante, tal texto não poderá ser interpretado no sentido a impedir a realização de atos que antecipem o procedimento do cumprimento de sentença, eis que semelhante limitação não encontraria respaldo na Constituição Federal. Com isso, o requerimento inicial formulado pelo credor, com base em título judicial ainda não definitivo, não poderá ser indeferido liminarmente pelo juiz, pela ausência do trânsito em julgado exigido pelo *caput* do art. 519. Deverá o juiz determinar o processamento que, em ato contínuo, apreciará o preenchimento dos demais requisitos exigidos pelo PLS 166/2010.

Insta observar que, se necessário, a sentença deverá ser liquidada, na forma dos arts. 496 a 499 do PLS 166/2010, antes do início do cumprimento de sentença. Assim, a fase de liquidação poderá ter início tal qual o subsequente procedimento de cumprimento de sentença. Tais dispositivos mantiveram a sistemática em vigor no Código de Processo Civil, que regulamenta dois procedimentos de liquidação de sentença, quais sejam, a liquidação por arbitramento e a por artigos. Caso contrário, se o título depender exclusivamente de cálculo aritmético para fixação atualizada do *quantum*, o art. 496, § 2º, do PLS 166/2010 remete o credor ao início imediato do cumprimento de sentença.

Tanto assim que o *caput* do art. 519 do PLS 166/2010 determina que o pedido do credor venha acompanhado de “demonstrativo discriminado e atualizado do crédito”. Os parâmetros que guiarão o credor para a elaboração dos cálculos deverão ser indicados expressamente, em especial aqueles apontados nos incisos II a V desse artigo. O pedido também deve conter o nome completo e o número do CFP ou CNPJ do credor (art. 519, I, do PLS 166/2010).

Essa regra do Projeto segue a determinação já constante do Código de Processo Civil em vigor, segundo a qual o requerimento do credor precisa vir acompanhado de memória do cálculo do *quantum* devido, como bem observa Humberto Theodoro Junior (2009, p. 50): “embora não dependa a execução da instauração de uma nova ação (*actio iudicati*), o mandado de cumprimento da sentença condenatória, nos casos de quantia certa, não será expedido sem que o credor o requeira. É que lhe compete preparar a atividade executiva com a competente memória de cálculo, com base na qual o devedor realizará o pagamento...”

A memória de cálculo de atualização e incidência de consectários é, portanto, requisito do requerimento do credor, sem o qual poderá ser indeferido o início da exe-

cução. Tal exigência poderá se tornar um obstáculo àqueles credores que possuam crédito que dependam de cálculos de atualização que, apesar de meramente aritméticos, sejam complexos e, por conseguinte, devam ser realizados por profissionais habilitados. Comenta Hélio do Valle Pereira (2006, p. 433) que, “suprimida a liquidação de sentença por cálculo do contador, surgiu a tormentosa apresentação da *memória de cálculo*. Desse modo, passou a ser ônus do particular indicar o valor atualizado do débito, inaugurando a fase executiva (arts. 604 e 614, inc. II). Muitas vezes, não dispõe a parte dos dados necessários para instruir a conta ou encontra dificuldades técnicas, haja vista as peculiaridades que frequentemente envolvem estas operações”.

Tal qual ocorre atualmente, os credores que contam com razoável condição financeira continuarão de ter que arcar com as despesas de profissional habilitado para a confecção da memória de cálculo. Porém, esse problema poderá se tornar um grande empecilho aos credores que não disponham de confortável situação econômica, que mereçam os benefícios da gratuidade processual prevista na Lei nº 1060/50.

Para tais situações, o Código de Processo Civil atual, no art. 475-B, § 3º, possibilita ao credor beneficiário da justiça gratuita se valer do contador do juízo para a elaboração de cálculos aritméticos voltados à apuração do valor da condenação. Esse dispositivo é de grande valia ao credor já reconhecido em juízo como hipossuficiente de recursos financeiros, nas hipóteses em que esses cálculos não possam ser realizados por seu advogado, por apresentarem grande dificuldade.

O PLS nº 166/2010, entretanto, não contém semelhante dispositivo legal. Devemos lembrar que não são todos os credores beneficiários da justiça gratuita que são representados por Defensoria Pública (dos Estados ou da União), instituição que poderá ter em seus quadros profissionais habilitados a elaborar tais cálculos. Muitos

dos beneficiários da gratuidade processual, não representados por tal instituição, ou representados por Defensoria que não possua em seus quadros profissional da área, não terão condições financeiras para arcar com despesas de alguém que se desincumba da atividade de elaborar cálculos complexos, como, por exemplo, quanto aos créditos de servidores públicos decorrentes de reconhecimento de aplicação de índices de aumentos em benefícios específicos (relacionados sexta-parte, décimo-terceiro salário, quinquênio), créditos relacionados a direitos por equiparação de atividade de servidor público, créditos previdenciários e outros.

Assim, a exigência apontada no *caput* do art. 519 do PLS 166/2010, se por um lado fará com que o procedimento do cumprimento de sentença tenha início célere, com a pronta apresentação de memória de cálculo pelo próprio credor – como atualmente ocorre –, por outro lado poderá trazer uma grande dificuldade para credores beneficiários da justiça gratuita que tenham crédito cuja fixação do valor exija a elaboração de intrincados cálculos aritméticos.

O artigo 519, § 1º, do PLS 166/2010 estabelece ainda que, se vários forem os credores beneficiados pela sentença condenatória a ser executada, ou seja, se houve no processo de conhecimento a formação de litisconsórcio, cada um deles deve apresentar seu próprio demonstrativo de valor atualizado do crédito, podendo o juiz limitar a formação de litisconsórcio, na forma do art. 112, §§ 1º e 2º, do Projeto. Esse dispositivo vai ao encontro da orientação contida no art. 5º, § 1º, da Resolução 115/10 do CNJ.<sup>5</sup> A individualização da memória de cálculo torna patente o valor da dívida, com o que se faz mais fácil a identificação desta, como de pequeno valor, ou não.

<sup>5</sup> “Art. 5º O juiz da execução informará no precatório os seguintes dados, constantes do processo: ... § 1º Os precatórios deverão ser expedidos individualizadamente, por credor, ainda que exista litisconsórcio.”

Por fim, estabelece o art. 519, § 2º, regra que não mais se refere aos requisitos do pedido para cumprimento de sentença, posto que determina expressamente a não aplicação da multa prevista no art. 509, § 1º, do Projeto. Outra não poderia ser a posição adotada pela Comissão elaboradora do Projeto, eis que a multa de 10% ali prevista, tal qual impõe o art. 475-J, *caput*, do atual Código de Processo Civil, decorre da mora do devedor, que deixa de cumprir a obrigação no prazo estipulado. E a Fazenda Pública, como regra, paga mediante o regime de precatórios, no qual não há vencimento certo para cumprimento, ou, então, em estrita observância ao requisitório de pequeno valor que, a depender de quem seja a entidade devedora, poderá ou não contar com lei que imponha prazo certo para pagamento.

Iniciado o procedimento de cumprimento de sentença, com o recebimento do pedido formulado pelo credor, uma vez preenchidos os requisitos para tanto, o juiz determinará a intimação da entidade devedora, nos moldes do art. 520, *caput*, do PLS 166/2010, cujos comentários seguem no item 3.

#### *2.b. No processo de execução*

Mais uma vez seguindo a sistemática engendrada no Código de Processo Civil atual, o PLS nº 166/2010 prevê para os títulos executivos extrajudiciais um procedimento diverso do elaborado para a execução dos títulos judiciais. E não poderia ser diferente, pois o credor de título extrajudicial a ser pago por ente público deve instaurar um processo, que formará uma relação jurídica processual dantes inexistente, ao contrário do que ocorre com o procedimento de cumprimento de sentença, que simplesmente instaura uma nova fase em um processo já formado.

Assim, quanto à execução fundada em título extrajudicial, prevista no art. 866 do PLS 166/2010, necessário o ajuizamento de ação de execução.

A petição inicial seguirá as regras comuns das diversas espécies de execução, e deverá preencher os requisitos elencados no art. 755 do PLS 166/2010, que estipula disposições gerais às diversas espécies de execução. Por conseguinte, deverá estar instruída com os documentos elencados no inciso I desse dispositivo, quais sejam: a.) título extrajudicial; b.) demonstrativo de débito atualizado, com os parâmetros indicados no parágrafo único do mesmo art. 755 (requisito que poderá apresentar o mesmo problema mencionado no item anterior); c.) prova de que se verificou a condição ou o termo; d.) prova do cumprimento da contraprestação. Também deverá indicar a espécie de execução, que, contra a Fazenda Pública, poderá ser mediante expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor (inciso II); e, ainda, pedir a citação do devedor (inciso III).

Indispensável que conste da petição inicial a indicação do juízo competente, de acordo com os ditames contidos no artigo 740 do PLS 166/2010, sendo certo que, quanto à execução contra a Fazenda Pública, terá aplicação o inciso I, que prevê a regra segundo a qual a execução poderá ser proposta no foro do domicílio do executado ou no foro de eleição constante do título. Trata-se de competência relativa e, por isso, prorrogável, nos termos dos arts. 63, *caput*, e 65 do PLS 166/2010.

### 3. A intimação / citação da Fazenda Pública

De acordo com as regras contidas no PLS 166/2010, apresentado o requerimento do credor, com os requisitos exigidos pelo art. 519, a Fazenda Pública será intimada para, se quiser, impugnar a execução, no prazo de 30 dias, conforme art. 520, *caput*.

Uma dúvida de grande repercussão prática emerge da regra acima, no tocante à forma da intimação da Fazenda Pública.

Veja-se, inicialmente, que o § 2º do art. 500 do PLS 166/2010 determina a forma

por meio da qual o devedor será intimado para pagar o débito, ao contrário do que se tem hoje, em nosso Código de Processo Civil, que, no art. 475-J, não estabelece se deverá haver intimação e, se esta houver, se deve ser efetivada pessoalmente, ou na pessoa de seu advogado, constituído nos autos do processo, ante a publicação do ato em órgão oficial. Esse dispositivo legal do atual Código de Processo Civil ensejou discussão, na doutrina e na jurisprudência, ante o silêncio sobre o termo inicial para a contagem do prazo dos 15 dias, que tem o devedor para cumprir a obrigação.<sup>6</sup> Ressalta Rogério Licastro Torres de Mello (2007, p. 254) que surgiram três correntes doutrinárias acerca do início da fluência do prazo para cumprimento de sentença: 1. a contar do momento em que se torna exigível a sentença – com o trânsito em julgado ou com a intimação desta, se apelável apenas com efeito devolutivo –, independentemente de requerimento do credor e de intimação do devedor; 2. a partir da intimação pessoal do executado e, 3. a partir da intimação do executado, na pessoa de seu advogado, pelos meios oficiais.

No entanto, comenta José Miguel Garcia Medina (2011, p. 455) que, “após intensa controvérsia na doutrina e na jurisprudência, consolidou-se, no STJ, o entendimento de que, “concedida a oportunidade para o adimplemento voluntário do crédito exequendo, o não pagamento no prazo de quinze dias importará na incidência sobre o montante da condenação de multa no percentual de dez por cento (art. 475-J), compreendendo-se o termo inicial do referido prazo o primeiro dia útil posterior à data da publicação de intimação do devedor na pessoa de seu advogado” (STJ, EDcl no Ag 1136836/RS, 4ª T., j. 04.08.2009, rel.

<sup>6</sup> O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso especial nº 940.274-MS, pela Corte Especial, firmou entendimento no sentido de que a intimação prevista no art. 475-J do CPC deve ser realizada na pessoa do advogado do executado, por meio de publicação através da imprensa oficial.

Min. João Otávio de Noronha)”. Todavia, o próprio autor expõe entendimento diverso, ao afirmar que essa deve dar-se na pessoa do réu, e não por meio de seu advogado, eis que o cumprimento da obrigação é ato pessoal do devedor.

Deve-se notar primeiramente que, no tocante à execução contra a Fazenda Pública, diferentemente da execução contra um particular, a intimação tem por objetivo exclusivo a fixação do termo inicial para a apresentação de impugnação, pois não há qualquer possibilidade de que seja efetuado o pagamento sem que sejam observadas as regras de expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor. O prazo do art. 509 do PLS 166/2010 destina-se tão somente a dar à entidade devedora a oportunidade de apresentar defesa, e não de cumprir a obrigação, eis que não poderá adimpli-la senão na forma imposta pelo texto constitucional.

Nesse sentido, deve-se fazer a distinção entre atos processuais que são praticados no processo, por aquele que possui capacidade postulatória, dos atos materiais, que são realizados pelas partes no mundo empírico. Segundo prelecionam José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier (2007, p. 361), “no sistema jurídico processual, há intimações que devem ser dirigidas às partes e intimações que devem ser dirigidas aos advogados. Para tanto, são observados os seguintes critérios, em regra: (a) para a prática de atos processuais que dependem de capacidade postulatória (CPC, art. 36), a intimação deve ser dirigida ao advogado; (b) para a prática de atos pessoais da parte, atos subjetivos que dependem de sua participação e que dizem respeito ao cumprimento da obrigação que é objeto do litígio, a parte deve ser intimada pessoalmente.”

A intimação da Fazenda Pública visa tão somente dar ciência ao advogado público, para que este avalie se deverá ou não realizar um ato processual – o de oferecer defesa. Assim, pode-se concluir que a intimação

prevista no art. 520 do PLS 166/2010 deverá ser feita na pessoa do Advogado Público, que, diante da regra especial contida no art. 106 do Projeto, será por meio de vista pessoal dos autos, e não pelo Diário da Justiça (art. 500, § 2º, I, do PLS 166/2010). Caso a entidade devedora não esteja representada por Advogado Público, mas por advogado que não faça parte de referida instituição, deverá ser aplicada a regra geral do art. 500, § 2º, II. De qualquer forma, em sendo o advogado o destinatário da intimação do art. 520, dever-se-á aplicar a regra do art. 186, *caput*, do Projeto, que estabelece que nos prazos processuais somente computar-se-ão os dias úteis.

Em suma, a intimação da Fazenda Pública que inicia o procedimento de cumprimento de sentença deverá ser realizada na pessoa do advogado público, mediante vista dos autos, ou, na pessoa do advogado contratado pela entidade devedora, pelo Diário da Justiça, e corresponderá ao termo inicial do prazo para impugnação, de trinta dias, computando-se apenas os dias úteis.

A citação da Fazenda Pública, por sua vez, para que se tenha formada a relação jurídica processual da ação de execução de título extrajudicial – art. 866 do PLS 166/2010 –, deverá ser realizada na forma dos arts. 211, *caput*, e 216, III, ou seja, pessoalmente, na pessoa do representante legal e por oficial de justiça, tal qual se dá atualmente, segundo as regras do Código de Processo Civil.

O prazo de trinta dias previsto no art. 866 para a oposição de embargos à execução, assim como o prazo para o oferecimento de impugnação, é prazo para a prática de um ato processual, por quem tenha capacidade postulatória, razão pela qual, para sua contagem, deverão ser consideradas as regras contidas no art. 186 do PLS 166/2010, que, em seu § 2º, estabelece que o benefício do prazo em dobro previsto no art. 106 não deverá ser aplicado quando a lei fixar prazo próprio para o ato.



#### 4. As defesas da Fazenda Pública

##### 4.a. A impugnação no cumprimento de sentença

Em consonância com o regime de cumprimento de sentença, o Projeto estabelece a impugnação como meio de defesa no procedimento de execução, em sequência ao processo de conhecimento. Ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2006, p. 645) que, “misto de ação e defesa, a impugnação caracteriza-se como incidente ao cumprimento da sentença. É ação porque o impugnante tem pretensão *declaratória* (v.g. inexistência da citação, inexigibilidade do título, ilegitimidade de partes, prescrição) ou *desconstitutiva* da eficácia executiva do título exequendo (v.g. nulidade da citação, excesso de execução) ou de atos de execução (v.g. penhora incorreta, avaliação errônea). (...) A impugnação é em tudo equiparável aos embargos do devedor (CPC 736, 741 e 745) – misto de *ação e defesa* –, mas não tem autonomia procedimental. Quanto ao procedimento, portanto, a impugnação é um *incidente processual*.”

Justamente em razão da similitude entre a impugnação e os embargos à execução, ressalta Arruda Alvim (2006, p. 47) que as decisões proferidas sobre alegações contidas em ambas as formas de defesa ficam revestidas pela autoridade da coisa julgada. Observa, porém, que “esta afirmação, todavia, não é absoluta. Tudo depende do que se alegue por meio dos embargos do devedor, tal qual desenhados na lei em vigor até 23.06.2006. O mesmo pode-se afirmar no que diz respeito à impugnação, de que trata a Lei 11.232/2005: tudo depende da matéria veiculada.”

A impugnação a ser apresentada pela Fazenda Pública fica, todavia, restrita às matérias indicadas nos incisos do art. 520 do Projeto. Trata-se das mesmas matérias possíveis de serem alegadas na impugnação do devedor comum, trazidas nos

incisos do art. 511 do PLS 166/2010 e, em linhas gerais, das matérias contidas no rol estabelecido no art. 475-L do CPC, que, nas palavras de Humberto Theodoro Junior (2009, p. 53), “... tanto podem versar sobre a *substância* do débito como a *vícios formais* do processo...”

Ressalta Araken de Assis (2006, p. 317), ao se referir ao rol do art. 475-L do CPC e à impugnação que nesta “... a cognição do órgão judiciário se encontra limitada às questões expressamente previstas; contudo, em relação às causas do catálogo a investigação se mostra livre e exaustiva”. E, mais adiante, relata que, “segundo decidiu a 1ª Turma do STF, relativamente ao rol similar do art. 741, as causas previstas no art. 475-L se mostram taxativas, rejeitando ampliações. No mesmo sentido se manifestou a 5ª Turma do STJ, sempre considerando os embargos do art. 741...”

Não nos alongaremos, no presente trabalho, em comentários acerca da natureza jurídica das decisões que julgam a impugnação ou do rol de matérias do art. 520 do PLS 166/2010, eis que não apresentam situações inovadoras, como mencionado anteriormente. As possíveis defesas da executada Fazenda Pública contidas nos incisos do art. 520 do PLS 166/2010 são similares às já constantes no atual Código de Processo Civil, exceto as previstas nos incisos V e VI (respectivamente, cumulação indevida de execuções e incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz).

Observe-se que o texto contido no § 4º do art. 520 do PLS 166/2010 parece repetir a regra contida no art. 475-L do CPC vigente. Constata-se, entretanto, que o texto do § 4º do art. 520 do Projeto tem menor alcance do que o disposto no art. 475-L, § 1º, do atual CPC. Ambos dispositivos fazem referência à hipótese em que se configura a inexigibilidade do título judicial fundado em lei ou ato normativo, em decorrência de declaração de inconstitucionalidade pelo Superior Tribunal Federal.



O art. 475-L, § 1º, admite a alegação de que a sentença transitada em julgado que tenha por fundamento lei ou ato normativo seja declarada inexigível, se o Supremo Tribunal Federal houver declarado a inconstitucionalidade da norma em controle concentrado, via ação declaratória de inconstitucionalidade, ou em controle difuso, *incidenter tantum*, nos recursos decididos.<sup>7</sup> Ao comentarem esse dispositivo legal, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2008, p. 300) afirmam que “é indiferente para a aplicação da regra a circunstância de a decisão do Supremo Tribunal Federal *ser anterior ou posterior* à formação do título executivo. Em qualquer das hipóteses, a inexigibilidade do título está caracterizada. Do mesmo modo, vê-se que não há ressalva no texto legal sobre a necessidade de a inconstitucionalidade ser pronunciada em via direta pelo Supremo Tribunal Federal. A norma aplica-se indistintamente nos casos de controle concentrado e difuso, direto ou incidental, independentemente de eventual suspensão da norma pelo Senado Federal (art. 52, X, da CF).”

O art. 520, § 4º, do PLS 166/2010, por sua vez, faz referência à inexigibilidade do título somente em razão de declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade em controle concentrado, ou quando a norma tiver a execução suspensa pelo Senado Federal. Assim, as hipóteses de inexigibilidade previstas nesse dispositivo legal ficam restritas às decisões decorrentes de julgamento de ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, CF/88), ou de ato posterior, praticado pelo Senado (art. 52, X, da CF/88).

Ainda com relação aos requisitos da impugnação, ressalte-se que impõe o § 1º do art. 520 do PLS 166/2010 ser imprescindível, à impugnação cuja alegação seja a de excesso de execução, a declaração do valor que entende o executado como correto, sob

<sup>7</sup> O texto similar ao art. 475-L, § 1º, trazido no art. 741, parágrafo único, ambos do CPC atual, é questionado na ação declaratória de inconstitucionalidade, ainda sem julgamento (ADIn 2418-3/DF, rel. Min. Cezar Peluso).

pena de não conhecimento dessa defesa. A admissibilidade da impugnação estará condicionada à apresentação de memória de cálculo na qual o executado indica o exato valor que afirma ser o correto. Segundo prelecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2006, p. 650), trata-se da *exceptio declinatoria quanti*, que faz com que o impugnante atribua valor ao título, sob pena de preclusão.

A impugnação ao cumprimento de sentença deverá ser processada tal qual já ocorre no Código de Processo Civil atual, em seu art. 475-L, exceto pela circunstância de não ser exigida a segurança do juízo, o que também deixa de ser exigido para a impugnação prevista no art. 511, *caput*, do PLS 166/2010.

Portanto, a impugnação é o instrumento hábil para a devedora Fazenda Pública pretender a declaração ou a desconstituição do título judicial, razão pela qual, enquanto pendente, afasta a *definitividade* da dívida, para fins de expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor. Tanto é assim que o art. 520, § 2º, do PLS 166/2010 estabelece que somente com a rejeição das arguições apresentadas pela executada a ordem de pagamento poderá ser expedida.

Deve-se, porém, ressaltar a inovação trazida no § 3º do art. 520 do PLS 166/2010 quanto à possibilidade de continuidade da execução da parte não questionada, em se tratando de impugnação parcial apresentada pela Fazenda Pública.<sup>8</sup> Essa regra reforça o entendimento acima apresentado, eis que possibilita ao credor a imediata continuidade do procedimento do cumprimento de sentença da parcela não impugnada, com a expedição da ordem de pagamento (precatório ou requisição de pequeno valor).

Justamente por tais motivos, a impugnação apresentada pela Fazenda Pública não se sujeita à regra da sistemática da execução comum, segundo a qual essa forma de de-

<sup>8</sup> A regra já consta do Código de Processo Civil atual, mas limitada aos embargos à execução de título extrajudicial de devedores particulares (art. 739, § 2º).

fesa do devedor não tem efeito suspensivo. Na verdade, seria desnecessário perquirir acerca dos efeitos da impugnação apresentada pela Fazenda Pública – ou seja, se tem ela efeito suspensivo ou não –, eis que a definitividade reclamada pelo texto constitucional para a expedição do precatório traz como consequência inafastável o sobrestamento do trâmite do procedimento dessa execução de procedimento especial.

Por fim, as regras referentes aos embargos à execução contra particulares constantes no art. 874 do PLS 166/2010 deverão ser empregadas subsidiariamente também com relação à impugnação do cumprimento de sentença oferecido pela Fazenda Pública. Esse dispositivo determina a rejeição liminar da defesa apresentada pelo executado em três hipóteses: intempestividade, inépcia e manifesto propósito protelatório. Ainda que do Projeto não conste semelhante previsão de indeferimento liminar da impugnação da Fazenda Pública, os incisos I e II do art. 874 tratam de situações que devam ser conhecidas de ofício, por serem matérias de ordem pública, e, assim, poderão ser aplicados ao procedimento da impugnação. E o inciso II determina a rejeição liminar da impugnação, se manifestamente protelatória, com o que se terá ofensa ao princípio inculcado no art. 8º do Projeto e levará à imposição de condenação ao pagamento de multa por litigância de má-fé, nos termos dos arts. 83, IV e VI, e 84 do Projeto.

#### *4.b. Os embargos à execução*

Os embargos à execução continuarão a ser o meio adequado para a arguição de vícios e/ou irregularidades que possa conter a ação de execução de título extrajudicial, como previsto no art. 866 do PLS 166/2010.

A sistemática desses embargos não será diferente da já adotada pelo Código de Processo Civil em vigor, no art. 730. No Projeto, o prazo para a oposição dos embargos à execução pela Fazenda Pública é de trinta dias, que é exatamente o mesmo lapso temporal

atualmente fixado, em virtude do art. 1º-B da Lei nº 9.494/97. Vale aqui a observação feita no item 2 quanto à contagem desse prazo ser realizada na forma do art. 186 do PLS 166/2010, ou seja, com o cômputo apenas dos dias úteis e não incidência da regra do prazo em dobro do art. 106.

Como instrumento de oposição à ação ou ao título executivo extrajudicial que fundamenta a execução, não há limitação de matérias arguíveis nos embargos à execução, sendo admissíveis, inclusive, as matérias que poderiam ser deduzidas em defesa no processo de conhecimento, conforme determina expressamente o § 2º do art. 866 do PLS 166/2010.

No tocante aos embargos à execução, as observações anteriormente apresentadas com relação à impugnação no cumprimento de sentença poderão ser aplicadas, especialmente, quanto à declaração da quantia que entende o executado como devida, se a matéria de defesa consistir em excesso de execução (art. 520, § 1º), e à impugnação parcial (art. 520, § 3º), como expresso no § 3º do art. 866.

Ainda que o art. 866 do Projeto não tenha feito semelhante previsão contida no § 3º do art. 866, para aplicação subsidiária dos artigos referentes aos embargos à execução genéricos, quanto aos embargos à execução contra a Fazenda Pública, semelhante raciocínio será realizado. Deverá, certamente, haver o emprego dos dispositivos legais disciplinadores da defesa no processo de execução comum, aos embargos à execução opostos pela Fazenda Pública, obviamente, no que couber, como por exemplo quanto às regras referentes à necessidade de que a petição inicial preencha alguns requisitos (arts. 870 e 873, § 5º) e quanto à rejeição liminar dos embargos (art. 874).

Por fim, subsidiariamente, aplicar-se-á o art. 876, quanto ao prazo para o embargado responder ao que foi arguido em embargos à execução, diante da ausência de previsão expressa no Projeto, para o procedimento especial da execução contra a Fazenda Pública.

## 5. A expedição da ordem de pagamento

### 5.a. O precatório

Ao contínuo do término do prazo de 30 dias para oferecimento de impugnação ou de oposição dos embargos à execução, sem que estes tenham sido apresentados pela entidade pública devedora, será expedido o ofício requisitório, pelo juízo da execução, ao Presidente do tribunal competente, caso a dívida não se enquadre em pequeno valor. O mesmo se dará se rejeitada a impugnação, ou improcedentes os embargos à execução, como estabelecem os arts. 520, § 2º, I, e 866, § 1º, do PLS 166/2010.<sup>9</sup>

Ressalte-se, entretanto, que a prática desse ato inaugural para a expedição do precatório está condicionada ao trânsito em julgado da decisão proferida na impugnação ou nos embargos à execução. Como afirmado anteriormente, a Constituição Federal estabelece ser imprescindível a definitividade do título, para que possa ser expedido o precatório, pois não admite que o credor ingresse numas das “filas de pagamento” da entidade devedora com um

<sup>9</sup> No caso de improcedência dos embargos à execução, questionam a doutrina e a jurisprudência se deverá haver reexame necessário dessa sentença e, por conseguinte, se este suspende o procedimento, impedindo a expedição do precatório. Comenta Araken de Assis que, nos termos do art. 475, I, do CPC, haverá necessariamente remessa obrigatória e que “daí decorre a impossibilidade de a execução prosseguir, definitivamente, enquanto não houver trânsito em julgado do provimento que rejeitou os embargos opostos pela Fazenda Pública contra a pretensão a executar, pouco importando, neste caso, a ausência de efeito suspensivo do recurso voluntário (art. 520, V)” (2004, p. 918). Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2010, p. 542), comentam, entretanto, que “os embargos da Fazenda Pública não se revestem de peculiaridades procedimentais. A diferença residiria em que a sentença que os rejeitasse, ou os julgasse improcedentes, estaria em regra sujeita ao reexame necessário (art. 475, I e §§ 2º e 3º) – conforme entendimento que há pouco predominava. No entanto, existem decisões do STJ descartando o reexame necessário nesse caso. A questão ainda é controvertida”. Veja-se que essa questão não foi disciplinada pelo PLS 166/2010, o que poderia ter sido feito, para finalizar a discussão acima referida.

crédito que ainda possa ser, de alguma forma, alterado em virtude de decisão judicial.

A apresentação do ofício requisitório ao Presidente do tribunal competente origina o *precatório*, como indica o art. 4º, *caput*, da Resolução 115/11 do CNJ. Nas palavras de Carlos Valder do Nascimento e Marçal Justen Filho (2010, p. 100), “a expedição do precatório é antecedida do reconhecimento de uma pretensão indevidamente resistida por parte da Fazenda Pública. Depois de todos os questionamentos já realizados no corpo dos processos de conhecimento (principal e incidente) e na própria execução, atinge-se a uma etapa em que foram *exauridos* todos os pressupostos normativamente exigidos para que o direito invocado seja satisfeito. Daí a determinação judicial da satisfação concreta do direito do credor, que se traduz no precatório. Ou seja, o precatório é um ato processual com efeito jurídico de ordens judiciais, que determinam a obrigatoriedade da prática de certos atos estatais: a alocação de verbas necessárias e suficientes, na lei orçamentária do exercício subsequente, para liquidação da dívida reconhecida jurisdicionalmente como líquida, certa e exigível.”

O precatório passa, então, a ser processado, conforme o Regimento Interno do respectivo tribunal, a fim de que seja a entidade devedora comunicada da existência da dívida, para inclusão em orçamento, nos termos do art. 100, § 5º, da CF/88, observando-se o trâmite disposto no art. 7º da Resolução 115/2010 do CNJ. É o que prevê o art. 520, § 2º, I, do PLS 166/2010.

Vê-se, portanto, que as regras engendradas no PLS 166/2010, assim como as vigentes, do atual Código de Processo Civil, não regulamentam todos os atos realizados pelo Poder Judiciário até que ocorra o efetivo pagamento do crédito.

Originado o precatório, o Tribunal apenas fiscaliza o estrito cumprimento das regras constitucionais. E, como bem esclarece Cássio Scarpinella Bueno (2010, p. 438), “todas as questões relativas ao *cumprimento* e à *exatidão* do precatório, mesmo

após sua expedição, deverão ser suscitadas e resolvidas perante o juízo da execução e não perante a Presidência do Tribunal requisitante, que tem competência apenas para verificar a regularidade *extrínseca* dos valores requisitados, realizar a atualização monetária dos valores até o instante da requisição de pagamento (CF, art. 100, § 5º) e a regularidade *formal* do precatório (suficiência de peças instrutórias). A Presidência do Tribunal exerce verdadeira função *administrativa* e não propriamente jurisdicional no que tange ao manuseio dos precatórios.”

Tem-se, portanto, que as regras relacionadas ao pagamento do precatório estão delineadas na Constituição Federal. As regras infraconstitucionais regulamentam o necessário procedimento para que seja expedido o precatório, que é instrumento jurisdicional destinado a concretizar um direito, que deverá ser materializado pela Fazenda Pública.

#### 5.b. A requisição de pequeno valor

A requisição de pequeno valor prescinde de inclusão em orçamento e, portanto, de precatório para ser paga. Entretanto, para sua expedição, também se faz inafastável a definitividade do título, o que somente ocorre com o trânsito em julgado da decisão acerca da impugnação ou dos embargos à execução, caso tenham sido apresentados pela entidade devedora.

O art. 520, § 2º, II, do PLS 166/2010 estabelece que a requisição será expedida pelo juízo da execução, diretamente à entidade devedora, para pagamento da obrigação, no prazo de sessenta dias contados da entrega da requisição, sendo que o depósito da quantia devida deve ser feito na agência mais próxima de banco oficial. Assim, o Projeto contém regra que uniformizará o procedimento da requisição, bem como o prazo para pagamento do crédito, a ser observada por todas as entidades devedoras, ao contrário do que atualmente ocorre. Isso porque, após a edição da EC 30/2000, que introduziu ao sistema de pagamento de

débitos pela Fazenda Pública a requisição de pequeno valor, a União, os Estados e os Municípios expediram, cada qual, uma regulamentação local, que não são coincidentes quanto à determinação acerca do procedimento e do prazo para pagamento dessas dívidas.<sup>10</sup>

O procedimento engendrado pela Comissão elaboradora do Projeto faz com que as próprias entidades pagadoras devam se estruturar adequadamente para receber a requisição, ordená-la de acordo com a ordem cronológica de apresentação e efetuar o pagamento no prazo estabelecido de sessenta dias.

#### 6. O sequestro

O não cumprimento da ordem de pagar quantia certa, por parte da Fazenda Pública, afirmou-se inicialmente, não gera como consequência a prática de atos de expropriação de bens. Entretanto, excepcionalmente, possibilita a Constituição Federal,

<sup>10</sup> Comenta Leonardo Carneiro da Cunha (2007, p. 262) que as dívidas de pequeno valor de responsabilidade da União, de suas autarquias ou de fundações de direito público submetem-se à regulamentação contida na Resolução nº 438/2005, que determina a expedição de ofício requisitório pelo juiz da execução ao Presidente do tribunal, que organiza a relação das requisições, em ordem cronológica, que deverá ser obedecida pela entidade quando do pagamento. No Estado de São Paulo, diferentemente, o Decreto 47.237, de 18 de outubro de 2002, em seu art. 3º, prevê que: “A requisição do pagamento das obrigações a que se refere o artigo 1º deste decreto será feita por meio de ofício do Juiz encarregado da execução dirigido ao Procurador Geral do Estado ou aos representantes legais das autarquias, fundações e universidades estaduais.” Isto é, no Estado de São Paulo, a requisição não é intermediada pelo Tribunal respectivo, pois é encaminhada diretamente à instituição incumbida de gerenciar as dívidas decorrentes de requisições de pequeno valor. E, por força do disposto no art. 2º, § 2º, da Lei estadual nº 11.377, de 14 de abril de 2003, as requisições de pequeno valor devem estar relacionadas em ordem cronológica e devem ser liquidadas em até 90 (noventa) dias. Verifica-se, portanto, que as leis estaduais regulamentaram diferentemente o processamento, o prazo e a forma, para realizar o pagamento das requisições de pequeno valor, diferentemente da regra uniformizadora prevista no Projeto.



no § 6º do art. 100, o sequestro de quantia suficiente ao pagamento de crédito, diretamente dos cofres da entidade devedora, nos casos de quebra da ordem cronológica de pagamento, ou de não alocação de verba correspondente ao valor devido no orçamento da devedora.

O art. 731 do Código de Processo Civil contempla essa sanção prevista na Constituição Federal e estabelece que o credor prejudicado deve formular um pedido e endereçá-lo diretamente ao Presidente do Tribunal que expediu a ordem de pagamento, que decidirá após ser ouvido o chefe do Ministério Público.<sup>11</sup>

O PLS 166/2010 não contém semelhante dispositivo legal, o que não impede que continue a ser realizado o procedimento do pedido de sequestro tal qual disciplinado pelo CPC atual. Insta observar que os arts. 33 e 34 da Resolução 115/2010 do CNJ prevêem os atos e os prazos que devem ser observados quanto a esse pedido de sequestro de verbas públicas. Segundo tais dispositivos, a autoridade da Administração correspondente à entidade devedora será oficiada para, em 30 dias, proceder à regularização do pagamento ou prestar as informações pertinentes. Com ou sem manifestação, os autos são encaminhados ao Ministério Público, para manifestação em dez dias, findos os quais os autos são remetidos ao Presidente do tribunal, que proferirá a decisão.

O pedido de sequestro é, portanto, pedido excepcional, de aplicação de sanção

<sup>11</sup> Os arts. 33 e 34 da Resolução 115/2010 do CNJ preveem o procedimento a ser adotado quanto a esse pedido de sequestro de verbas públicas. Interessante observar que o Superior Tribunal de Justiça tem admitido outra hipótese para o acolhimento do pedido de sequestro: o sequestro para pagamento de tratamento de saúde do credor, portador de doença considerada grave. A EC 62/2009 alterou o texto do art. 100 da Constituição federal, para fazer incluir o parágrafo 2º, que estabelece preferência no pagamento aos credores portadores de doença grave, definidos em lei. Na ausência de lei específica, o Regulamento nº 115/2010, no art. 13, indica as doenças que podem propiciar o benefício constitucional.

prevista na Constituição Federal, que deve ser analisado e decidido pela autoridade máxima do tribunal competente. O art. 100, § 6º, dispensa previsão infraconstitucional de procedimento com atos complexos, motivo pelo qual, adequadamente, deixou o Projeto de fixar regulamentação.

## 7. Conclusão

O Projeto de Lei do Senado nº 166/2010 regulamenta a execução contra a Fazenda Pública, traçando procedimentos destinados ao objetivo de fazer com que esta devedora diferenciada materialize as obrigações de pagar quantia certa, na forma imposta pela Constituição Federal. Dentro do estreito campo de atuação que tem o legislador infraconstitucional, quanto à sistemática especial de pagamento pela Fazenda Pública, posto que disciplinada fundamentalmente pela Constituição Federal, o Projeto procurou assimilar os procedimentos executórios que já estão incorporados no atual Código de Processo Civil. Assim, o Projeto estabeleceu o procedimento de cumprimento de sentença, para os títulos judiciais, e o processo de execução, para os títulos extrajudiciais. Ambos têm o mesmo objetivo: gerar uma ordem de pagamento, para uma entidade pública devedora, na forma de precatório ou de requisição de pequeno valor.

Os três artigos destinados a regulamentar tais procedimentos não trazem grandes inovações, se consideradas as regras contidas no atual Código de Processo Civil. Entretanto, deixa o Projeto de estabelecer algumas diretrizes a tais procedimentos, as quais poderiam evitar que discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca de pontos específicos, tais como: a possibilidade de a memória de cálculo a ser apresentada pelo credor hipossuficiente, no pedido inicial do cumprimento de sentença ou do título extrajudicial, ser realizada pelo contador do juízo; a determinação expressa da forma da intimação da Fazenda Pública, se na pessoa

do representante legal, por oficial de justiça; ou através de publicação no órgão oficial, na pessoa do advogado constituído; a exigência do trânsito em julgado para o início do cumprimento de sentença, afastando, assim, a possibilidade da prática de atos processuais que antecedem a expedição do precatório ou do requisitório de pequeno valor, e outras.

Assim, o Projeto deixou de estruturar procedimentos de execução contra a Fazenda Pública que fossem um pouco mais minuciosos, na tentativa de regulamentar atos processuais fundamentais para que o credor alcance a concretização de seu direito material, com menos percalços – que, aliás, são inúmeros.

### Referências

- ASSIS, Araken de. *Cumprimento de Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Manual da Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- ALVIM, Arruda. A natureza jurídica da impugnação prevista na Lei 11.232/2005: a impugnação do devedor instaura uma ação incidental, proporcionando o exercício do contraditório pelo credor; exige decisão, que ficará revestida pela autoridade da coisa julgada”. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução* 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.
- BRASIL. Código Civil (1916). Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2011.
- BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2011.
- BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2011.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistemático de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.
- CIMARDI, Cláudia Aparecida. Execução contra a Fazenda Pública após EC 30/2000. In: EXECUÇÃO Civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. Coordenação Ernane Fidélis dos Santos et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em Juízo*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007.
- DINAMARCO. Cândido Rangel. *Execução civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: execução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 3.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- \_\_\_\_\_; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Apontamentos sobre as alterações oriundas da Lei n. 11.323/2005. In: TEMAS Atuais da Execução Civil. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MELLO, Rogério Licastro Torres de. O início do prazo para cumprimento de sentença. In: EXECUÇÃO Civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. Coordenação Ernane Fidélis dos Santos et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MIRANDA, Gilson Delgado. A execução contra a Fazenda Pública no sistema constitucional brasileiro. In: PROCESSO e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NASCIMENTO, Carlos Valder do; JUSTEN Filho, Marçal. *Emenda dos Precatórios: fundamentos de sua inconstitucionalidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- OLIVEIRA, Antônio Flávio. *Precatórios*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- PEREIRA, Helio do Valle. *Manual da Fazenda Pública em juízo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Reovar, 2006.
- SHIMURA, Sérgio. *Título Executivo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2005.
- SPALDING, Mauro. *Execução contra a Fazenda Pública Federal*. Curitiba: Juruá, 2006.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 2.
- \_\_\_\_\_. *Processo de Execução e Cumprimento de Sentença*. 26. ed. São Paulo: Leud, 2009.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: Execução*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 2.





# A ação de dissolução parcial de sociedade

Fábio Ulhoa Coelho

## Sumário

1. Introdução. 2. Fundamento e hipóteses da dissolução parcial. 2.1. Retirada de sócio. 2.2. Exclusão de sócio. 2.3. Morte de sócio. 3. O valor da participação societária. 4. Particularidades da ação de dissolução parcial de sociedade. 5. Inovações propostas pelo projeto de CPC. 6. Conclusão.

## 1. Introdução

No decorrer da segunda metade do século passado, a jurisprudência brasileira construiu, com cautela e sapiência, a noção de *dissolução parcial de sociedade*. Até 2003, a lei mencionava apenas a hipótese de dissolução que passou a ser conhecida, então, como “total”, isto é, a do desfazimento de todos os vínculos entre os sócios, com a consequente extinção da pessoa jurídica<sup>1</sup>. Na dissolução parcial, apenas parte dos vínculos societários se desfaz, sobrevivendo a sociedade em decorrência dos vínculos preservados.

A figura da dissolução parcial não recebeu o imediato aplauso de alguma doutrina especializada<sup>2</sup>, mas, com o tempo,

<sup>1</sup> Código Comercial, arts. 335 e 336; Código Civil de 1917, art. 1.399.

<sup>2</sup> Para Waldemar Ferreira (1961, v. 1, p. 251), por exemplo: “opera-se a dissolução também, e então sem agravo, nem apelo, como antigamente se dizia, por efeito da manifestação unilateral da vontade de qualquer dos sócios, de conformidade com o dispositivo do art. 335, V [do Código Comercial], de

acabou-se firmando como a melhor solução para os conflitos entre os sócios. A doutrina comercialista produzida nas últimas décadas do século passado já acolhia unanimemente a construção jurisprudencial<sup>3</sup>. Desde a entrada em vigor do atual Código Civil, o instituto é regido sob a designação de “resolução da sociedade em relação a um sócio”<sup>4</sup>.

O Código de Processo Civil de 1939 disciplina a ação de dissolução e liquidação de sociedades, em seus artigos 655 a 729, disposições que permanecem ainda hoje em vigor, em razão da ressalva contida no art. 1.218, VII, do diploma de 1973. São normas de setenta anos atrás, portanto, que tratam da ação judicial cujo objeto é o desfazimento dos vínculos societários, no todo ou em parte. O Projeto de novo Código de Processo Civil, de autoria do Senador José Sarney, oriundo do anteprojeto da Comissão de Juristas presidida pelo Ministro Luiz Fux e sob a relatoria-geral de Teresa Arruda Alvim Wambier, contempla regras que atualizam a disciplina legal da matéria (arts. 585 a 595), compatibilizando-as com as exigências da economia do nosso tempo, bem diversas das que existiam no final dos anos 1930<sup>5</sup>.

precisão indiscutível. [...] Nota-se, da parte de alguns [...] certa quizília contra esse dispositivo legal; e até alguns acórdãos esporádicos existem determinando que, em caso tal, a sociedade prossiga, decretando sua *dissolução parcial*, para a verificação dos haveres do sócio requerente da dissolução e seu pagamento pela forma prevista na cláusula relativa aos do sócio pré-morto. Essa diretriz é de evidente injuridicidade, por contrária a texto expresso de lei. Tem direito o sócio à dissolução da sociedade de prazo indeterminado, sem necessidade de nenhuma prova, pela simples manifestação unilateral de sua vontade, qual, de resto, tem sido decidido”.

<sup>3</sup> Alberto Gomes da Rocha Azevedo (1975), Ernani Estrela (1992) e Mauro Rodrigues Penteadó (2000).

<sup>4</sup> A designação legal é infeliz. Nem todas as hipóteses de dissolução parcial decorrem de *resolução* do contrato de sociedade: se tem por base a retirada imotivada, nos termos do art. 1.029 do CC, é de *resilição* que se trata.

<sup>5</sup> Em artigo publicado pela imprensa, registrei um pouco da história destes dispositivos: “em maio deste ano [2010], quando cruzei, nos corredores da PUC-SP,

Este artigo tem por objeto uma apreciação genérica de tais disposições projetadas. Ele se divide em seis seções, além desta breve introdução. A próxima seção, numerada como segunda, é dedicada aos aspectos de direito material do instituto da dissolução parcial de sociedade, seu fundamento e hipóteses. A terceira seção apresenta alguns conceitos, ainda de direito material, relativos à avaliação da participação societária e imprescindíveis à adequada superação dos conflitos de interesses no bojo da sociedade. A quarta cuida das particularidades da ação de dissolução parcial de sociedade, justificando sua previsão como procedimento especial. Na quinta seção, é feito o exame de outras questões relacionadas à ação, como objeto, legitimidade ativa, depósito da parte incontroversa dos haveres e procedimento. A sexta abriga a conclusão.

Para facilitar a exposição, a referência ao projeto do Senador Sarney, aprovado pelo

---

com a relatora da comissão constituída pelo Senado para elaboração do anteprojeto de novo CPC, minha colega de magistério, a ilustre processualista Teresa Arruda Alvim Wambier, ofereci-me para redigir uma proposta de atualização do procedimento previsto na norma de 1939. Ela considerou oportuna a sugestão e levou à comissão meu texto. A proposta de incluir disciplina específica da ação de dissolução de sociedade no anteprojeto de novo CPC, contudo, não foi acolhida no âmbito da Comissão. Um dos princípios adotados foi o de não prever procedimentos especiais em demasia, prestigiando-se o ordinário ou geral. Considerou a Comissão que não se justificava submeter a ação de dissolução de sociedade a um rito próprio, especial. Pelo anteprojeto, assim, embora tenha deixado de ser regida pelas vetustas regras da década de 1930 (o que já é um inegável avanço), a dissolução de sociedade sujeita-se ao procedimento ordinário. [...] O Senador Valter Pereira, em seu erudito relatório apresentado em 24 de novembro, convencido da importância do procedimento especial para a ação de dissolução parcial de sociedade, incorporou-o ao futuro Código (Projeto, arts. 585 a 595). Foram aproveitadas partes daquela minuta que apresentei à Comissão redatora do anteprojeto (ver meu livro *O futuro do direito comercial*, p. 213-216), bem como de sugestões de institutos e juristas, de vários pontos do país, que partilhavam de igual preocupação. O competente parlamentar relator do projeto aprimorou os textos originários destas iniciativas, e chegou a uma disciplina moderna, ágil, coerente e mais que adequada para o instituto” (COELHO, 2010a).

Senado em dezembro de 2010, será feita pela locução “CPC-projetado”; e ao Código de 1973, pela “CPC-vigente”.

## *2. Fundamento e hipóteses da dissolução parcial*

A jurisprudência construiu o instituto da dissolução parcial partindo do princípio da preservação da empresa.

A crescente complexidade das relações sociais e econômicas tem obrigado a ordem jurídica a reconhecer que a empresa, sendo uma atividade organizada de produção ou circulação de bens ou serviços, é o foco de interesses múltiplos e diversos, que transcendem os dos sócios da sociedade empresária. É certo que os investidores e empreendedores que organizam a exploração da atividade econômica, diretamente ou por meio de administradores profissionais, fazem-no movidos principal ou exclusivamente pelo interesse de lucro. Querem ganhar dinheiro com a empresa. A continuidade e desenvolvimento da empresa, sua por assim dizer “preservação”, atende, portanto, a esses interesses primários e individualistas dos sócios da sociedade que a explora.

Mas esse não é o único, e nem mesmo o mais importante dos interesses voltados à preservação da empresa. Outros sujeitos de direito também titulam interesse legítimo relativamente à continuidade e desenvolvimento da atividade econômica. Não terão, estes outros agentes, obviamente, nenhum lucro – este é o ganho específico e exclusivo de investidores e empreendedores. Terão, contudo, ganhos de natureza diversa, ou mesmo meros proveitos. Os trabalhadores têm interesse na preservação da empresa, porque disso depende seu posto de trabalho, progressão na carreira, aposentadoria e outros benefícios. Aos consumidores interessa a preservação da empresa, em vista dos bens ou serviços que atendem às necessidades e querências deles. O fisco, e, por via de consequência, toda a sociedade

atendida pelos serviços públicos, também se interessa pela preservação da empresa, em função dos tributos incidentes sobre a atividade econômica. Outros empresários, como os fornecedores de insumo, prestadores de serviço, bancos e seguradores, igualmente se interessam pela preservação da empresa, pelas oportunidades de negócio que por ela surgem. Os vizinhos dos estabelecimentos empresariais também estão interessados na preservação da empresa, pela riqueza local e regional gerada. Em suma, interesses diversos, alguns dos quais metaindividuais, gravitam em torno da continuidade e desenvolvimento das atividades econômicas.

Antes de atentar para essa gama imensa de interesses, os direitos civil e comercial tinham como única solução, para os conflitos entre os sócios, o desfazimento da própria sociedade; isso redundava, claro, em prejuízo à continuidade e desenvolvimento da atividade econômica, isto é, da empresa. A percepção de que esta solução – a dissolução total da sociedade – prejudicava seriamente os interesses de terceiros não envolvidos diretamente com o conflito está nos alicerces da construção jurisprudencial da dissolução parcial de sociedade.

Aliás, a dissolução total e a liquidação da sociedade, muitas vezes, não atendiam nem mesmo os próprios sócios, que eram os sujeitos diretamente envolvidos no conflito. Àquele que desejava desligar-se da sociedade, por não mais acreditar na atividade desenvolvida (pretendendo, então, dar a seu investimento outro destino) ou por não mais querer prolongar o relacionamento com os demais sócios, não servia a dissolução total. A sociedade próspera tem mais condições de pagar o reembolso das quotas quantificado na apuração de haveres, que a liquidada. E, evidentemente, os demais sócios, que pretendiam continuar vinculados à sociedade, não tinham nenhum interesse na dissolução total.

Com este fundamento, então, a jurisprudência acabou erguendo o instituto

da dissolução parcial, aplicando-o em três hipóteses: retirada, exclusão ou morte de sócio.

### 2.1. *Retirada de sócio*

A retirada de sócio é a hipótese de dissolução parcial em que a iniciativa parte do próprio sócio que deseja desvincular-se da sociedade. Trata-se de declaração unilateral de vontade, que impõe à sociedade destinatária a obrigação de reembolsar ao declarante o investimento por este feito (ou seja, o valor das quotas sociais).

A retirada pode ser motivada ou imotivada.

No primeiro caso, é uma reação do sócio que deseja o desligamento contra mudanças essenciais na sociedade, aprovadas pela maioria societária. A retirada motivada, que também se chama “recesso” ou “dissidência”, cabe em qualquer tipo de sociedade limitada, contratada por prazo determinado ou indeterminado. Tem por fundamento o art. 1.077 do Código Civil, dispositivo que autoriza a retirada nos casos de alteração do contrato social, fusão ou incorporação da sociedade.

A retirada imotivada pode não ser (e, normalmente, não é) uma reação do minoritário contra decisões da maioria societária que lhe desagradam. Trata-se corriqueiramente da situação do sócio que se desinteressa da empresa ou do convívio com os demais integrantes da sociedade. Quer dar ao seu investimento outro rumo, ou não deseja mais manter o investimento em sociedade com os outros sócios.

Cabe a retirada imotivada apenas quando preenchidas duas condições: (a) sociedade limitada está sujeita à regência supletiva das regras da sociedade simples; (b) ela foi contratada por prazo indeterminado. Essas condições decorrem de abrigar-se a hipótese no art. 1.029 do Código Civil, norma inserta no Capítulo atinente às sociedades simples; e, por isso, aplicável exclusivamente às sociedades limitadas que não preveem, em seus contratos sociais, a

regência supletiva pela lei da sociedade anônima (art. 1.053, parágrafo único). O requisito relativo ao prazo indeterminado é decorrência do ditado pela lei (já que a “justa causa” remete à hipótese de retirada motivada do art. 1.077 do Código Civil).

### 2.2. *Exclusão de sócio*

Na exclusão de sócio, por óbvio, a iniciativa cabe aos sócios que querem permanecer unidos pelo vínculo societário. Classifica-se a medida de extrajudicial ou judicial, conforme decorra a desvinculação de deliberação de reunião ou assembleia de sócios ou de decisão do Poder Judiciário.

Para proceder-se a exclusão extrajudicialmente, é necessário o preenchimento dos requisitos dispostos no art. 1.085 do Código Civil: (a) conduta grave do sócio que põe em risco a continuidade da empresa; (b) realização de reunião ou assembleia de sócios; (c) o sócio cuja exclusão se pretende deve ser cientificado da reunião ou assembleia em tempo hábil para permitir seu comparecimento e exercício do direito de defesa; (d) deliberação da maioria, representativa de mais da metade do capital social; (e) previsão expressa do contrato social permitindo a exclusão extrajudicial.

A exclusão judicial faz-se por meio da ação de dissolução parcial de sociedade, quando não couber a extrajudicial (CPC-projetado, art. 586, V). Faltando um dos requisitos do art. 1.085 do Código Civil, portanto, a exclusão não poderá ser extrajudicial, mas judicial, se preenchido pelo menos o que exige a conduta grave do sócio. Assim, se a realização da reunião ou assembleia acaba-se frustrando, em razão de o sócio acusado injustificada e reiteradamente recusar-se a receber a comunicação de sua realização, a sociedade pode promover a exclusão judicial. Também tem a sociedade direito de ação no caso de o contrato social não prever cláusula permissiva.

Se a sociedade limitada está sujeita à regência supletiva das normas da sociedade simples, a exclusão judicial poderá ter

por fundamento, também, a incapacidade superveniente do sócio (CC, art. 1.030).

### 2.3. Morte de sócio

A morte de sócio não causa, necessariamente, a dissolução parcial da sociedade. Se os sócios supérstites concordam em acolher na sociedade os sucessores do sócio falecido, e estes querem ingressar nela, não há razões para se proceder à dissolução parcial. Nem mesmo, ressalte-se, se o contrato social eventualmente contiver cláusula prevendo a apuração de haveres neste caso. Claro: se sócios sobreviventes e sucessores do sócio falecido querem-se associar, não há sentido em dissolver a sociedade para, ato contínuo, admitirem-se estes últimos no quadro de sócios.

Desse modo, dá-se a dissolução da sociedade por morte de sócio quando não existir vontade na formação do vínculo societário entre os sobreviventes, de um lado, e os sucessores, de outro. Basta que pelo menos um desses lados não tenha interesse na sociedade, para que a morte do sócio torne-se fato jurídico desencadeador da dissolução parcial da sociedade.

### 3. O valor da participação societária

Nas três hipóteses de dissolução parcial da sociedade (retirada, exclusão ou morte de sócio), a repercussão imediata do desfazimento do vínculo societário é o surgimento de uma obrigação: o sócio retirante ou excluído ou os sucessores do sócio falecido passam a ser credores da sociedade pelo reembolso das quotas. Esse é o ponto nuclear da significativa maioria dos litígios societários envolvendo sociedades limitadas. Verificada a dissolução parcial da sociedade, quanto vale a parte do sócio que se desvinculou? Esses litígios envolvem, por isso, a tormentosa discussão sobre o valor da participação societária.

Uma quota de sociedade anônima pode ser avaliada segundo duas perspectivas diferentes. Em primeiro lugar, pode-se avaliá-

-la privilegiando-se a história da sociedade, ou seja, o que ela amealhou, em seu patrimônio, em razão da atividade econômica explorada até o momento da dissolução. Nesse caso, faz-se a mensuração do *valor patrimonial* das quotas. Outra forma de avaliação mira o futuro, e procura estimar quanto a sociedade tende a gerar de lucros aos seus sócios num determinado horizonte temporal. É feita, então, a mensuração do *valor econômico* das quotas.

Quando a participação societária é objeto de negociação entre partes racionais e livres, atribuem-lhes os contratantes um *preço* em montante que tende a se aproximar do valor econômico. Esse valor, contudo, não é necessariamente o mais adequado quando a obrigação de pagar pelas quotas não deriva de negociação racional e livre, visando a assinatura de um contrato de compra e venda; mas, sim, de um fato jurídico de natureza *não contratual* (retirada, exclusão ou morte de sócio). Neste último caso, o melhor critério de avaliação das quotas é o patrimonial.

A avaliação das quotas pelo valor econômico, no momento da dissolução parcial da sociedade, não é o mais apropriado, por conduzir a distorções irremediáveis nos fundamentos econômicos da própria figura do investimento em atividade econômica. Explico. Como o valor econômico tenta captar o quanto os sócios lucrarão com a sociedade no futuro, fixado determinado prazo para o cálculo, o pagamento do reembolso a partir desse critério implicaria a estranha noção de alguém que lucra com determinada empresa sem correr risco nenhum. Se a sociedade fica obrigada a pagar àquele que a deixa o mesmo valor que receberia caso não a deixasse, o lucro em investimento empresarial passa a não depender mais do risco, e isto é uma distorção profunda no conceito. Se lucro é o retorno da disposição de alguém em assumir certo risco, ele não pode desvincular-se dos reveses que o risco empresarial embute. E tal desvinculação é inevitável se à sociedade for imposta a obri-



gação de pagar o que ela tende a gerar de lucro a quem, por não fazer mais parte dela, encontra-se a salvo de qualquer prejuízo derivado dos riscos empresariais.

O valor patrimonial, assim, e não o econômico, é o critério mais ajustado à avaliação das quotas da sociedade limitada, quando se trata de apurar haveres de sócio retirante, excluído ou dos sucessores do falecido.

Por essa razão, o art. 1.031 do Código Civil estabelece que, “nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado”. Ou seja, o critério legal para a definição do valor das quotas, na apuração de haveres, é o patrimonial.

Claro que os próprios sócios podem, mediante cláusula em contrato social, eleger critério diverso para a avaliação das quotas em caso de dissolução parcial. Podem estabelecer o valor econômico, naturalmente, por mais que essa escolha implique as distorções anteriormente assinaladas. Em caso de omissão do contrato social, no entanto, a lei determina a apuração de haveres a partir do critério patrimonial.

Quando se define o valor patrimonial como critério para a apuração de haveres, isso significa que a base de cálculo do reembolso será uma rubrica de um documento contábil, chamado *balanço patrimonial*. Especificamente, a rubrica relativa ao “patrimônio líquido” da sociedade. É o valor constante do balanço patrimonial, nesta rubrica, que servirá de base de cálculo para definir o quanto tem, por haveres, o sócio em relação ao qual a sociedade foi dissolvida parcialmente.

O cálculo do reembolso, assim, é simples. Toma-se o valor do patrimônio líquido constante do balanço patrimonial e sobre

essa base de cálculo aplica-se o percentual da participação societária titulada pelo sócio retirante, excluído ou falecido. Se esse percentual era, digamos, 10% do capital social, o reembolso será no valor de 10% do patrimônio líquido da sociedade. Aqui, não há nenhuma dificuldade. A dificuldade reside, na verdade, no passo anterior, que é o da elaboração do balanço patrimonial.

Há três tipos diferentes de balanço patrimonial, possibilitando, evidentemente, três diferentes mensurações do patrimônio líquido da sociedade. Os três tipos de balanço patrimonial se diferenciam segundo a época de levantamento e de acordo com o critério adotado pelo contador para as apropriações que realiza.

O primeiro tipo é o balanço patrimonial ordinário (BPO), que a sociedade deve levantar no último dia de cada exercício social (que recai, na maioria das vezes, em 31 de dezembro). O critério fundamental para a elaboração do BPO é o do “custo de aquisição”. Deixadas de lado, por hora, algumas exceções, o critério contábil decorrente do princípio do conservadorismo indica que os bens e direitos do ativo devem ser apropriados, no BPO, pelo valor despendido pela sociedade ao se tornar sua titular. Mesmo que esses bens ou direitos tenham sofrido valorização ou desvalorização, ao longo do tempo, isso é fato a ser ignorado pelo contador, na elaboração do BPO. Depreciações, quando feitas, têm por base percentuais sobre o custo de aquisição e, portanto, também não guardam relação necessária com o valor de mercado dos bens e direitos do ativo da sociedade. No BPO, por outro lado, é inadmissível a contabilização, no ativo, dos chamados intangíveis da empresa, como o valor da marca ou de uma patente, por exemplo. Assim deve ser, também em função do princípio do conservadorismo.

O valor patrimonial das quotas extraído de um BPO é chamado de “contábil”.

O segundo tipo de balanço patrimonial é o especial (BPE). Difere-se do ordinário

apenas em relação à época do levantamento. O BPE tem por referência temporal qualquer dia do exercício social, exceto o último. Destina-se a fotografar, por assim dizer, a situação patrimonial da sociedade, na data em que se verificou um evento societário relevante, como, por exemplo, o da realização de assembleia de sócio que motivou o exercício do direito de recesso. O BPE atualiza o BPO até essa data. Atualiza, no entanto, não os valores monetários das rubricas do BPO<sup>6</sup>; faz a atualização contábil, que resulta da apropriação dos fatos contábeis (celebração de contratos, condenações judiciais, prescrição etc) verificados desde o dia do encerramento do exercício social anterior até a data do levantamento do BPE. Quanto aos critérios de apropriação, por isto, o BPE deve sempre adotar os mesmos empregados no levantamento do BPO, fundados no princípio do conservadorismo, isto é, a regra geral do “custo de aquisição” e a inadmissibilidade de contabilização dos intangíveis, entre outros.

O valor patrimonial das quotas derivado de um BPE denomina-se “atual”.

O terceiro e último tipo de balanço patrimonial é o de determinação (BPD). Esse tipo pode ter por referência temporal qualquer dia do exercício, inclusive o último. O que o distingue dos demais tipos de balanço são os critérios de apropriação dos bens e direitos do ativo (e, em alguns casos, também do passivo). Nele, o contador deita ao largo os parâmetros ditados pelo princípio do conservadorismo e contabiliza cada item pelo valor de mercado ou custo de saída; isto é, pelo valor que cada bem ou

direito da sociedade tem ou teria, caso fosse vendido. A frota de veículos, por exemplo, é contabilizada pelo custo de aquisição, com as depreciações legais, no BPO e BPE; no BPD, faz-se a reavaliação dos veículos e eles são apropriados pelo quanto a sociedade receberia caso decidisse, naquela data, vendê-los. O BPD também deve levar em conta os intangíveis da sociedade e apropriá-los como ativos, pelo valor que teriam no mercado, caso fossem negociados.

O BPD, em suma, é o instrumento de uma simulação, de uma projeção, de uma estimativa. Ele simula, projeta, estima como seria a liquidação da sociedade, caso se tratasse de dissolução total, e não parcial. Na liquidação, todos os bens do ativo seriam vendidos e, após a cobrança de todos os devedores da sociedade, seriam pagos os credores, partilhando-se, então, entre os sócios, o acervo remanescente. O BPD mensura quanto seria esse acervo remanescente (patrimônio líquido), caso acontecesse, naquele momento, a dissolução total da sociedade. O BPD não interfere na contabilidade regular da sociedade; quando chegar o momento de levantar-se o BPO seguinte, o contador deve simplesmente ignorar o BPD.

O valor patrimonial das quotas fixado a partir de um BPD é designado “real”.

Note que o Código Civil, no art. 1.031, fala em “balanço especial”, mas o conceitualmente correto seria falar em “balanço de determinação”. O art. 592 do CPC-projetado corrige a imprecisão da lei.

Concluindo, quando omissos o contrato social, a apuração de haveres consiste no levantamento de um *balanço patrimonial de determinação* correspondente à data em que se verificou a dissolução parcial da sociedade. Se o contrato social estabelecer critério diferente de avaliação das quotas, a apuração de haveres será feita de modo diverso. Se o critério for o valor patrimonial *contábil*, o contador deve apenas buscar o último BPO para calcular o reembolso; se for o valor patrimonial *atual*, ele deve levan-

<sup>6</sup> Fazer a correção monetária das rubricas do balanço não tem, na verdade, nenhum sentido jurídico, econômico ou contábil. Pode-se extrair deste instrumento um valor, de certa rubrica, e atualizá-la monetariamente, no caso de ser ele, quando isolado, representativo de uma obrigação da sociedade. Mas, aqui, está-se corrigindo monetariamente a obrigação, que, casualmente, está quantificada no balanço. Não existe sentido nenhum na correção monetária do instrumento contábil, porque isto retiraria o caráter contábil das apropriações.

tar o BPE. Caso o contrato social defina que a quota será avaliada pelo valor econômico, este trabalho pode ser feito não apenas pelo contador, como também por outros profissionais especializados em avaliação de ativos, que dominem a metodologia do *fluxo de caixa descontado* ou outra destinada a estimar o valor das quotas numa negociação racional e livre (são, normalmente, engenheiros, financistas, economistas e contadores mais bem preparados).

#### 4. Particularidades da ação de dissolução parcial de sociedade

De acordo com o CPC-projetado, a ação de dissolução de sociedade poderá seguir o procedimento comum ou especial. Será comum, na hipótese de dissolução *total*; e especial, na de dissolução *parcial*. O art. 1000, § 3º, do CPC-projetado estabelece que “os procedimentos mencionados no art. 1.218 do Código revogado e ainda não incorporados por lei submetem-se ao procedimento comum previsto neste Código”. A ação de dissolução total de sociedades enquadra-se perfeitamente na hipótese desta regra de transição. Seu procedimento está mencionado no inciso VII do art. 1.218 do CPC-vigente, e não foi disciplinado (“incorporado”), desde 1973, por nenhuma outra lei. Submete-se, assim, a dissolução total ao procedimento comum, sujeitando-se ao especial, por força dos arts. 585 a 595, a dissolução parcial.

A distinção relativa ao procedimento é pertinente. Em razão da consagração, pela jurisprudência, do princípio da preservação da empresa, raramente se vê hoje algum sócio postular, em juízo, a dissolução total da sociedade. Como assinalado, assentou-se, em decorrência desse princípio, que os conflitos entre os sócios devem ser resolvidos sem o comprometimento da sociedade; assim, sempre que possível, deve-se resolvê-los mediante o afastamento do sócio culpado pela deterioração da relação societária, assegurando-se aos demais a

possibilidade de continuarem a sociedade. E deve ser assim, em vista também da preservação dos interesses de terceiros que gravitam em torno da empresa: empregados, consumidores, fisco, vizinhança etc. A chance de um sócio obter a dissolução total da sociedade em juízo, desse modo, são diminutas, o que explica a quase inexistência, nos fóruns, nos dias correntes, de pedidos dessa natureza. Reservar-se, desse modo, à dissolução total da sociedade o procedimento comum é medida oportuna.

A ação de dissolução parcial observa um dos dez procedimentos especiais contenciosos previstos no CPC-projetado. Convém ressaltar que só se justifica a criação de procedimento especial quando a ação se reveste de tais particularidades que não se acomoda perfeitamente no procedimento comum. O critério que deve, realmente, nortear qualquer trabalho de codificação processual indica que devem ser mínimas as exceções ao procedimento comum. O melhor, para a eficiência do processo, é a lei não prever a sujeição a procedimento especial de ações que possam seguir o comum, sem prejuízo nenhum para os jurisdicionados. Quanto menos exceções ao procedimento comum, em suma, mais eficiente será a prestação jurisdicional, em razão da redução da complexidade.

Necessário, assim, examinar quais as particularidades da ação de dissolução parcial de sociedade que justificam a previsão de procedimento especial para ela. Devem tais particularidades implicarem a indispensabilidade de determinados atos processuais, que escapam aos padrões gerais do procedimento comum. Se ausente essa indispensabilidade, a exceção ao procedimento comum não se sustenta.

Pois bem. Para que a ação de dissolução parcial de sociedade possa seguir, na fase de apuração de haveres, uma tramitação racional, é indispensável que o juiz, desde logo, decida duas questões cruciais: o critério para a avaliação das quotas e a data da dissolução. Hoje, enquanto ainda tramita na

Câmara dos Deputados o CPC-projetado, as ações de dissolução parcial de sociedade perdem-se num emaranhado irracional exatamente porque essas decisões não são, em geral, adotadas desde o início. A avaliação da participação do sócio retirante, excluído ou falecido é uma questão técnica, a ser feita pelo contador ou pelo especialista em avaliação de ativos nomeado perito judicial. Mas, o perito judicial somente pode dar início ao seu trabalho avaliativo se lhe forem dadas estas duas balizas: a data da dissolução e o critério de avaliação. Quando se inverte a ordem lógica desse procedimento, determinando-se a realização da perícia de avaliação das quotas antes de decididas aquelas duas balizas, tende o processo à irracionalidade e ineficiência.

O procedimento especial da ação de dissolução parcial de sociedade deve ser observado em duas hipóteses.

*Primeira*, quando não há divergência entre os sócios relativamente à dissolução parcial da sociedade (CPC-projetado, art. 589). Trata-se de medida sábia da lei, porque, na significativa maioria das vezes, os sócios da sociedade limitada, uma vez configurado determinado grau de desentendimento, não desejam mais manter qualquer vínculo entre eles. O fim da sociedade já é fato, restando definir quanto vale a participação daquele que se desliga. Assim sendo, quando a unanimidade das partes da ação (não necessariamente a unanimidade dos sócios) se manifestam expressamente pela dissolução parcial da sociedade, os demandados não serão condenados nos honorários sucumbenciais, e instaura-se, de imediato, o procedimento especial, cujo cerne é a liquidação ou apuração de haveres.

*Segunda*, quando a dissolução parcial é contestada pelos demandantes e, após o regular trâmite da ação, desacolhe-se a contestação e dá-se provimento ao pedido inicial. Note-se que uma vez resistindo o réu, por via de contestação, ao desfazimento do vínculo societário, observa a ação de dissolução parcial de sociedade, a partir de

então, o procedimento comum até o trânsito em julgado da decisão que vier a ser proferida. Sendo, contudo, esta pela procedência da ação, dissolvida judicialmente a sociedade, retorna-se ao procedimento especial, para fins de apuração de haveres. A lei não especificou esse retorno, mas é evidente que não há outra solução processual. Tanto no caso de inexistência de contestação, como no de desacolhimento da apresentada, as particularidades da ação de dissolução parcial são rigorosamente idênticas, isto é, dependem da decisão do juiz relativamente à fixação do critério de avaliação das quotas e da data do desfazimento do vínculo societário. Assim sendo, não há como se entender de forma diversa. A sentença de procedência da ação de dissolução parcial de sociedade *contestada* resulta de um procedimento comum, mas ela é liquidada de acordo com o procedimento especial.

### 5. Inovações propostas pelo Projeto de CPC

Diversas inovações são propostas pelo CPC-projetado, relativamente à ação de dissolução parcial de sociedade, que modernizam o instituto, e o adaptam à dinâmica das relações societárias. Neste item, percorre-se cada uma delas, procurando destacar seus pontos essenciais.

1ª) *Sociedades que podem ser parcialmente dissolvidas em juízo*. Primeiro, convém assentar que o objeto desta ação é sempre uma “sociedade empresária contratual ou simples”. Isso implica a exclusão das sociedades institucionais, que são a *anônima* e a *comandita por ações*. Nesses dois tipos societários, descabe a figura da dissolução parcial, embora, em casos excepcionais, a jurisprudência a tenha admitido<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Basicamente, admite-se a dissolução parcial e apuração de haveres de sociedade anônima quando se trata de empresa familiar, destinada a administrar o patrimônio de seu fundador. Trata-se de sociedade empresária apenas na fachada, já que não há a exploração de qualquer atividade econômica.

São sociedades empresárias contratuais a sociedade *limitada*, em nome coletivo e em *comandita simples*. Apenas esses três tipos societários, entre as empresárias, podem ser objeto de ação de dissolução parcial. No campo do direito civil, as sociedades simples também podem ser dissolvidas parcialmente por essa via judicial, mas convém atentar que o CPC-projetado emprega a expressão em seu sentido largo, de categoria equivalente à de sociedade não-empresária<sup>8</sup>. Vale dizer, a cooperativa também pode ser objeto de dissolução parcial judicial.

2ª) *Objeto da ação de dissolução parcial*. A ação pode ter por objeto o desfazimento do vínculo societário (art. 585, I) e a apuração de haveres (art. 585, II) ou apenas um desses pedidos (art. 585, III). O desfazimento do vínculo societário deve ter decorrido do falecimento, exclusão, retirada (imotivada) ou recesso (retirada motivada) do sócio.

Embora o inciso II não mencione especificamente o exercício do direito de recesso, ele está compreendido entre as causas da apuração de haveres. Não apenas em razão da ligação indissociável entre ele e o inciso I (denunciada pela conjunção “e”), mas também por ser o recesso uma hipótese de retirada (a motivada) e estar, por consequência, já englobado nesta.

A possibilidade de restringir-se o objeto da ação ao desfazimento do vínculo (resolução da sociedade, como quer o Código Civil) ou à apuração de haveres, é justificável em razão da dinâmica dos conflitos

---

<sup>8</sup> A expressão “sociedade simples” é ambígua. De um lado, refere-se a uma categoria de sociedades, contraposta a das empresárias. Envolve, então, todos os tipos de sociedades não-empresárias, como as cooperativas e mesmo aquelas que, embora não explorando atividade econômica sob a forma empresarial, adotam um tipo de sociedade empresária (limitada, por exemplo). De outro lado, a expressão refere-se a mais um tipo societário, que é o das sociedades não empresárias que optaram por não adotar um dos tipos de sociedades empresárias. É um quadro desnecessariamente complexo, que se deve atribuir ao precoce envelhecimento do Código Civil, no trato do direito de empresa.

societários. Podem os sócios dissentirem sobre se o vínculo está ou não desfeito, mas concordarem com a avaliação da sociedade; assim como podem divergir apenas sobre essa avaliação, tendo já se posto em acordo sobre a dissolução parcial da sociedade; mas é possível, igualmente, que a divergência incida sobre os dois temas, não havendo acordo nem sobre o término do vínculo, nem sobre a avaliação das quotas de quem se desligou.

Essas três hipóteses, como se verá (alteração 5ª, abaixo), não são igualmente comuns. Muito pelo contrário. A lei, contudo, deve contemplá-las, já que não está afastada, em tese, nenhuma delas.

3ª) *Sujeitos e condições da legitimação ativa*. A lei lista quem pode ser sujeito ativo da ação de dissolução parcial de sociedade, fixando, ao mesmo tempo, as condições de legitimação ativa, quando for o caso.

O espólio do sócio falecido (art. 586, I) só se legitima para a ação se a totalidade dos sucessores não ingressar na sociedade. E isso pode acontecer tanto por vontade desses sucessores, como também por deliberação dos sócios sobreviventes, neste último caso quando autorizado pelo contrato social (isto é, nas sociedades “de pessoas”<sup>9</sup>). Imagine a hipótese em que os sócios sobreviventes se recusam a dissolver parcialmente a sociedade, a despeito de solicitação endereçada neste sentido pelo espólio; ou no caso em que eles procederam à apuração de haveres extrajudicial, e o espólio discorda do valor atribuído à participação societária titulada pelo falecido

---

<sup>9</sup> Nas sociedades de pessoas, como o elemento personalístico é relevante, o contrato social autoriza o desfazimento do vínculo societário para impedir o ingresso de sócio não desejado pelos demais. Nas de capital, sendo tal elemento irrelevante, o contrato social não dá margens a que os sócios impeçam o ingresso de novos titulares das quotas, desde que preservado o investimento. No caso de falecimento de sócio, a classificação da sociedade como sendo de pessoas ou de capital é relevante, para definir se os sócios sobreviventes têm ou não o direito de impedir o ingresso dos sucessores do falecido.



- nesses dois exemplos, ele está legitimado para promover a ação.

Os sucessores do sócio falecido (art. 586, II) somente se legitimam para a ação de dissolução após o desfazimento do espólio, isto é, quando concluída a partilha do sócio falecido. É o caso em que apenas parte dos sucessores quer ingressar na sociedade. Logo em seguida ao falecimento, o espólio assume, de imediato, a posição de titular das quotas sociais do falecido. Essa situação jurídica pode (na verdade, deve) ser, o quanto antes, retratada em alteração contratual levada a registro na Junta comercial. Enquanto não se procede à partilha dessas quotas, o sócio é o espólio. Quando nem todos os sucessores querem o desfazimento do vínculo societário, o espólio não está legitimado para a ação de dissolução. Uma vez, contudo, feita a partilha, ele deixa de ser o sócio, para que ingressem na sociedade os sucessores. Agora, cada um titula parte das quotas sociais que eram do falecido e tem, em relação à continuidade do vínculo societário, o seu próprio interesse; pode buscar, em juízo, o desfazimento do vínculo e a apuração de haveres, caso não haja acordo com os demais sucessores (os que desejam permanecer na sociedade) e os sócios sobreviventes.

Ainda no caso de falecimento de sócio, pode a ação ser movida pelos sócios superstites (art. 586, III). Para isso, contudo, é necessário cumprir-se a condição atinente à configuração da sociedade como “de pessoas”. Sendo o tipo societário *em nome coletivo*, *em comandita simples* ou *sociedade simples*, não há dificuldade: esses tipos são sempre personalíssimos, e os sócios sobreviventes têm o direito de impedir o ingresso, na sociedade, dos sucessores.

Quando, porém, se trata de *limitada*, será o contrato social que conferirá, ou não, à sociedade o caráter personalista ou capitalista<sup>10</sup>. Se o contrato social da limitada, por exemplo, diz que, no caso de falecimento,

os sucessores ingressam na sociedade, os sócios sobreviventes não poderão impedir esse ingresso, não se legitimando, por conseguinte, para a ação de dissolução parcial. Os sobreviventes, porém, podem sempre se recusar a entrar na sociedade empresária contratual, exatamente por se tratar de um contrato, que ninguém está obrigado a celebrar. Os sobreviventes, se haviam concordado com a cláusula obstativa da dissolução parcial em caso de falecimento de qualquer um deles, ficam impedidos de pleitear o desfazimento do vínculo em juízo, porque isso contrariaria a vontade declarada por eles, ao contratarem a sociedade. Os sucessores, por sua vez, como não haviam contratado nada (quem contratou foi o falecido), não estão impedidos de buscar, em juízo, a dissolução parcial e apuração de haveres.

A legitimação do sócio que exerceu o direito de retirada ou recesso (art. 586, IV) está, a seu turno, condicionada à inércia dos sócios em providenciar o instrumento de alteração contratual formalizando o desligamento, em dez dias após o exercício do direito. Quer a lei que o retirante ou dissidente tente obter, inicialmente, a dissolução extrajudicial, apenas abrindo-lhe as portas da via judicial caso reste infrutífera essa tentativa. Claro está que essa alteração contratual deve atender aos interesses de todos os subscritores, inclusive a do sócio retirante. Se os sócios sobreviventes providenciam uma minuta que atribui, por exemplo, às quotas, valor com o qual não concorda o sócio que se desliga da sociedade, após o transcurso do prazo de dez dias sem evolução nas negociações em torno do instrumento, cumpre-se a condição legal para a legitimação ativa do sócio que exerceu o direito de retirada ou recesso.

A sociedade (art. 586, V) só está legitimada para a ação de sua própria dissolução parcial no caso de exclusão de sócio, que não possa ser efetivada por meio de assembleia ou reunião. Quando tem cabimento a

<sup>10</sup> Cf. Calças (2003, p. 28-29).



exclusão extrajudicial (CC, art. 1.085), não se legitima a sociedade para a ação.

Também está legitimado para a ação o sócio excluído (art. 586, VI). E tem ele tanto o direito de discutir a própria exclusão, pleiteando o seu retorno à sociedade, como o de, conformando-se com a dissolução, discutir a avaliação feita pela sociedade que o excluiu.

Finalmente, o cônjuge ou companheiro do sócio (art. 586, parágrafo único), ao término do casamento, união estável ou convivência, poderá requerer a apuração de seus haveres na sociedade, caso não queira dela fazer parte e seja tal pedido compatível com o regime de bens do vínculo familiar desfeito. Quer dizer, se após o divórcio ou o desfazimento da união estável ou convivência, tinha um ex-cônjuge ou ex-companheiro direito à parte das quotas sociais tituladas pelo outro (de acordo com o direito de família), então estará legitimado para a ação de dissolução parcial de sociedade. Mas se, por força do regime de bens, não titula o ex-cônjuge ou ex-companheiro nenhum direito sobre as quotas sociais do outro, é evidente que não estará cumprida a condição para sua legitimação ativa.

4<sup>a</sup>) *Depósito da parte incontroversa*. Esta é uma novidade de extraordinário alcance, que visa impedir o uso estratégico da ação de dissolução parcial da sociedade (isto é, seu uso com o desiderato de protelação do pagamento do reembolso). Quando as partes divergem sobre o valor deste, o litígio versa evidentemente sobre a diferença entre o ofertado pela sociedade e o pretendido pelo sócio desvinculado ou seus sucessores. A parte incontroversa dos haveres deve ser, assim, desde logo, disponibilizada ao credor (art. 588). Prevendo o contrato social, por exemplo, o parcelamento do pagamento dos haveres, deverá ser observada essa condição contratual (art. 588, § 2<sup>o</sup>).

Se a sociedade tiver direito à indenização, poderá formular, nos mesmos autos, pedido de condenação da parte adversa, cujo valor será compensável com o reem-

bolso devido (art. 588, § 2<sup>o</sup>). Essa situação será mais comum, por certo, no caso de exclusão de sócio, já que esta causa de dissolução tem por pressuposto uma conduta prejudicial à continuidade da empresa. Ressalte-se, no entanto, que a previsão no CPC-projetado deve ser interpretada em conjunto com o art. 369 do Código Civil; vale dizer, somente caberá a compensação quando presentes os requisitos legais dessa modalidade de extinção de obrigações<sup>11</sup>. A compensação, assim, nem sempre implicará redução do valor do depósito da parte incontroversa. Se o devido a título de indenização para a sociedade não tiver sido ainda, por exemplo, liquidado, na data em que o juiz proferir o despacho mandando proceder-se ao depósito da parte incontroversa, não ocorrerá nenhuma compensação. Esta tende a verificar-se, no mais das vezes, apenas na oportunidade do pagamento do saldo do reembolso (quando, evidentemente, condenada a sociedade ao pagamento de valor superior à parte incontroversa).

Importante assentar, aqui, também, que o despacho do art. 587 apenas tem lugar quando o objeto da ação de dissolução parcial disser respeito à apuração de haveres. Se o pedido circunscrever-se, exclusivamente, à discussão da resolução da sociedade (um sócio excluído pretendendo seu retorno, por exemplo), não será o caso de o juiz determinar o depósito da parte incontroversa. A rigor, o momento apropriado para este despacho é o início

<sup>11</sup> “No direito brasileiro, a compensação não depende da vontade dos sujeitos da relação obrigacional. Opera-se, a rigor, mesmo contra a de qualquer um deles. É um fato jurídico: estabelecida a equivalência entre as prestações que dois sujeitos de direito mutuamente se devem, dá-se a extinção até o equivalente. Ao contrário da novação e da remissão das dívidas, a compensação não é um negócio jurídico. Verificado o fato descrito nas normas sobre compensação, as obrigações compensadas prontamente se extinguem. [...] Para que se opere a compensação, são necessárias duas condições: o atendimento ao pressuposto da reciprocidade subjetiva e a compensabilidade da prestação” (Curso, 2010, págs. 163/164).

da liquidação, referido no art. 589, *caput*, e seu § 1º.

5ª) *Concordância com o pedido de resolução*. Trata-se de outra inovação bastante salutar. A situação mais corriqueira, no âmbito dos conflitos societários, consiste no completo desaparecimento, no espírito de todos os envolvidos, da vontade de continuarem a sociedade. Embora, porém, não haja mais nenhuma vontade de manter o vínculo societário, tanto do autor como do réu, atualmente as ações de dissolução se eternizam, e se enveredam pelas complexas searas da reconvenção, porque as partes estão naturalmente preocupadas em evitar os ônus de sucumbência. Sábio se mostra o legislador, portanto, quando passa a admitir a possibilidade de a parte demandada simplesmente concordar com o desfazimento do vínculo societário, sem suportar, por isso, uma das consequências da sucumbência (art. 589, § 1º).

O pedido aduzido na petição inicial, claro, deve ser o de dissolução; porque, se for limitado ao de reestabelecimento do vínculo societário (admissível, em vista do art. 585, III), não se aplica o dispositivo. Se o objeto da ação é apenas a resolução da sociedade, em que se pede a declaração de não ter ela se verificado, deve o réu suportar os ônus de sucumbência, caso não apresente contestação. Desse modo, se o sócio indevidamente excluído da sociedade pleiteia o retorno judicialmente, e não há contestação, deve o réu ser condenado nos ônus de sucumbência.

Quando, por fim, o feito contempla apenas o pedido de apuração de haveres, não será também aplicável o art. 589 do CPC-projetado, porque, neste caso, já está em curso o que esse dispositivo chama de “fase de liquidação”.

6ª) *Despacho inaugural da apuração de haveres*. A mudança mais importante, na disciplina do procedimento especial da ação de dissolução parcial de sociedades, é, sem sombra de dúvida, a definição, no despacho que inicia a chamada fase de liquidação,

dos balizamentos indispensáveis à racional apuração dos haveres. O juiz deve fixar a data da resolução da sociedade e, à vista do contrato social, o critério de apuração de haveres (arts. 590 e 591).

Note-se que o juiz não é livre para fixar tais balizamentos. Pelo contrário. De um lado, a lei estabelece, pormenorizadamente, os elementos de definição da data da resolução, em cada uma das hipóteses de dissolução parcial contempladas (falecimento do sócio, retirada imotivada, recesso e retirada ou exclusão judicial). O elenco do art. 591 não é exaustivo, por não contemplar, por exemplo, a exclusão extrajudicial (hipótese em que a data da resolução é a da assembleia ou reunião em que foi deliberado, pela maioria, o desfazimento do vínculo social).

Em relação ao critério de apuração de haveres, o juiz deve-se ater estritamente ao contido no contrato social. Se o acordado entre os sócios é a avaliação das quotas, no momento da dissolução parcial, por determinado critério, não pode o Poder Judiciário deixar de prestigiar essa vontade, negando eficácia ao encontro de vontades. Mesmo sendo o instrumento omissivo, também não cabe ao juiz definir livremente o critério. Em caso de omissão, o critério é o estabelecido pelo art. 1.031 do Código Civil, reproduzido, com pequena correção de ordem técnica, pelo art. 592 do CPC-projetado; vale dizer, o do valor patrimonial real, derivado do BPD.

Esses balizamentos podem ser revistos pelo juiz, a pedido da parte (mas, não de ofício), desde que não tenha ainda se iniciado a perícia (art. 593). É o caso, por exemplo, de ter a defeituosa redação do contrato social despertado inicialmente certa interpretação, que, à vista dos argumentos posteriormente aduzidos pela parte, vem a ser descartada pelo juiz.

7ª) *Perícia de avaliação das quotas*. No mesmo despacho em que determinar a apuração dos haveres, o juiz nomeará o perito. E aqui abrem-se duas alternativas. Se a perícia diz respeito ao valor patrimonial, o perito será

um contador, o profissional habilitado para levantar o balanço (ordinário, especial ou de determinação). Mas se tiver por critério projeção de resultados futuros (valor econômico ou outro), a avaliação não se faz mediante levantamento de balanço patrimonial. Nesse caso, o contador não é o único profissional habilitado. Engenheiros, financistas, economistas também estão igualmente aptos a operarem com o modelo do fluxo de caixa descontado, de múltiplos de faturamento ou outros, destinados a avaliar economicamente as sociedades (art. 592, §§ 1º e 2º).

8ª) *Crédito do ex-sócio, espólio ou sucessor.* Atualmente, a lei não define, com clareza, a natureza do crédito do sócio excluído, retirante ou dos sucessores do falecido, sendo tal indefinição também fonte de inúmeras e desgastantes controvérsias em juízo. O art. 594 supre a lacuna partindo da premissa de que, até a data da resolução, o crédito tem natureza de participação nos resultados da sociedade, perdendo-a a partir de então. Desse modo, até a data da resolução fixada no despacho judicial, o ex-sócio, espólio ou sucessores do sócio falecido têm direito à participação nos lucros e aos juros sobre o capital próprio declarados pela sociedade (*Caput*); e, a partir desta data, fazem jus apenas à correção monetária dos valores apurados e aos juros, contratuais ou legais (parágrafo único).

## 6. Conclusão

Todo texto legal desafia constante aperfeiçoamento. Depois de convertido em lei, o aperfeiçoamento se faz pela doutrina e jurisprudência. Mas enquanto não aprovado o projeto, ele pode ser melhorado pelos instrumentos próprios do processo legislativo.

Quero concluir este breve estudo, indicando alguns poucos aperfeiçoamentos que o texto do CPC-projetado poderia receber, na disciplina da ação de dissolução parcial de sociedades, ou sua tramitação no âmbito da Câmara dos Deputados. São eles:

a) inclusão no inciso II do art. 585 de referência ao “recesso” – o objetivo é eliminar a incongruência com o inciso I desse artigo, que faz a referência, desfazendo potenciais dúvidas sobre o objeto da ação, em caso de retirada motivada;

b) inclusão do adjetivo “consensual” no inciso IV do art. 586, logo após “alteração contratual” – visa esta sugestão tornar mais claro que o retirante está legitimado para a ação quando os demais sócios tentam formalizar a alteração contratual dentro desse prazo, mediante instrumento não consensual;

c) transformação do art. 587 e seus parágrafos em parágrafos do art. 590 – a proposta objetiva aclarar que o depósito da parte incontroversa do reembolso é cabível quando a ação de dissolução parcial tem por objeto a apuração de haveres (ou está, como diz o art. 589, em sua fase de liquidação); para facilitar a renumeração dos dispositivos, pode-se atribuir ao atual art. 588 o número 587, transformando seu § 1º em parágrafo único, e atribuindo-se ao seu § 2º o número 588;

d) aperfeiçoamento do art. 589, § 1º, para que, no caso de concordância dos réus relativamente à dissolução da sociedade, as custas do processo sejam rateadas proporcionalmente à participação de cada parte no capital da sociedade.

e) alteração da redação do art. 589, § 2º: “Havendo contestação, observar-se-á o procedimento comum, mas a liquidação da sentença seguirá o disposto neste Capítulo” – com isto, restará claro que o procedimento especial também deve ser observado no caso de a ação ser contestada e, ao final, a sentença decretar a dissolução parcial da sociedade;

f) acréscimo o inciso V ao art. 591: “na exclusão extrajudicial, a data da assembleia ou reunião de sócio que a tiver deliberado” – supre-se a lacuna, tornando exaustivo o rol desse dispositivo.

Finalmente, conviria considerar a hipótese de incluir um dispositivo aclarando se também é a ação de dissolução judicial, pelo procedimento especial, a pertinente no caso

de discutir a *permanência* do vínculo societário. Pela redação aprovada no Senado, quando se fala que a ação terá como um dos possíveis objetos a resolução da sociedade, isso implica que ela é cabível tanto no caso de os sócios quererem o desfazimento do vínculo, como no de eles quererem o seu reestabelecimento. Talvez, porém, neste último caso, o mais indicado fosse submeter a demanda ao procedimento ordinário.

### *Referências*

AZEVEDO, Alberto Gomes da Rocha. Dissociação da sociedade mercantil. São Paulo: EDUC-Resenha Universitária, 1975.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Sociedade limitada no novo código civil. São Paulo: Atlas, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. A ação de dissolução de sociedade e o projeto de novo CPC. *Valor Econômico*, São Paulo, p. E-2, dez. 2010a.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito civil. São Paulo: Saraiva, 2010b. v. 2.

\_\_\_\_\_. O futuro do Direito comercial. São Paulo: Saraiva, 2010c.

ESTRELLA, Hernani. Apuração de haveres de sócio. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

FERREIRA, Waldemar. Tratado de Direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1961. v. 3.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. Dissolução e liquidação de sociedades. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.



# O anteprojeto de Código de Processo Civil e o Ministério Público

Felipe Locke Cavalcanti

## Sumário

1. O anteprojeto de Código de Processo Civil.
2. A atuação prevista para o Ministério Público.
3. O duplo papel do Ministério Público.
4. Atuação como agente social.
5. Independência.
6. Responsabilização do Membro do Ministério Público.
7. Conclusões.

### *1. O Anteprojeto de Código de Processo Civil*

Em boa hora o Senado Federal apresentou à sociedade brasileira o anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil.

Este projeto de reforma das normas processuais torna-se atual na medida em que a Constituição Federal de 1988, após mais de vinte anos de vigência, ganha maturidade e, com a adoção de inúmeras emendas, passa a refletir o espírito de uma sociedade brasileira democrática, compromissada com o ideário de um Estado Moderno e eficiente.

É evidente que as normas infraconstitucionais também devem refletir este espírito e, sobretudo, permitir que este ideário se torne realidade.

O atual Código de Processo Civil, editado em 1973, apesar de inúmeras atualizações, evidentemente não é completamente adequado à consecução de tão grandioso objetivo, qual seja, instrumentalizar a democracia em sua plenitude; assim, a sua proposta de reforma é bastante atual e adequada.

Felipe Locke Cavalcanti, membro do Conselho Nacional de Justiça, em suas segunda e terceira composições, é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, onde ingressou, em 1988, em primeiro lugar, após concurso de provas e títulos, é pós-graduado em teoria geral do processo e direito de falências e recuperação de empresas, exerceu o magistério universitário por 16 anos, foi agraciado com o prêmio nacional de Direitos Humanos.



Vale destacar que o novo anteprojeto de código de processo civil, objetivando adequar a norma ao atual regime constitucional, privilegiou a objetividade, com o uso da linguagem direta, a celeridade do processo e a efetividade do direito, mantendo, ainda, o respeito ao devido processo legal.

## 2. A atuação prevista para o Ministério Público

Repetindo a fórmula do Código de Processo Civil vigente, o anteprojeto manteve o tratamento do Ministério Público em título próprio.

Diferentemente do código de 1973, que foi bastante inovador, para a época, no tocante às atribuições e funções do Ministério Público, possibilitando, inclusive, o posterior nascimento da ação civil pública, instrumento adequado para a defesa dos direitos difusos e coletivos, o atual anteprojeto limitou-se a repetir corolários já assegurados em leis próprias e na Constituição Federal.

É certo, no entanto, que o artigo 145 do anteprojeto é muito mais contemporâneo e adequado ao perfil atual do Ministério Público do que o artigo 81 do atual Código, o que pode ser tido como um avanço.

A afirmação de que o Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis nada mais é do que a repetição do artigo 127 da Constituição Federal. Esta afirmação em muito supera o atual texto no qual se prevê a atuação do "Parquet" nas hipóteses previstas em lei.

Aliás, desde 1988, a atuação do Ministério Público está fulcrada no perfil institucional traçado pela carta magna e não mais simplesmente em comandos infraconstitucionais.

O anteprojeto também traz expresso o direito de ação do Ministério Público, no seu artigo 146, em inovação bastante significativa em face do texto que pretende superar.

Esta inovação reflete o momento atual no qual o Ministério Público tem se destacado, na esfera cível, como proponente de ações visando a defesa dos interesses difusos e indisponíveis, deixando, portanto, de ter uma atuação meramente interventiva, como a que lhe fora prevista, originalmente, em 1973.

## 3. O duplo papel do Ministério Público

Adequado à realidade, o novo código prevê a atuação do Ministério Público em duas situações distintas. Uma como fiscal da lei e outra como autor de ações no seu campo constitucional de atuação.

No que concerne ao exercício de sua atividade como fiscal da lei, há uma modificação significativa da previsão legal. Com efeito, o atual artigo 82 do Código de Processo Civil caracterizava a necessidade de atuação do Ministério Público de acordo, basicamente, com a existência de interesse público, enumerando, ainda, hipóteses nas quais havia a disciplina de situações envolvendo estado ou interesse de determinadas pessoas.

Existia, assim, previsão legal de o Ministério Público atuar nas causas relativas a incapazes, naquelas, *grosso modo*, ligadas ao direito de família (estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposição de última vontade) e em todas aquelas em que estivesse evidenciado o interesse público.

O novo texto, por sua vez, apresentou redação evoluída prevendo o exercício de suas atividades como fiscal nas hipóteses relativas ao interesse social, expressão essa muito mais contemporânea e adequada ao texto constitucional, mantendo, ainda, a intervenção em razão do estado da pessoa e o interesse de incapazes, bem como os demais casos de hipóteses legais.

O novo texto inovou ao prever expressamente o duplo papel do Ministério Público. Assim, há previsão expressa de atuação como fiscal da lei, papel meramente in-

terveniente, e como autor de ação, papel proativo.

Além dessa enumeração, o texto garante, em ambas as hipóteses, a existência do prazo em dobro para manifestação (artigo 149), dirimindo qualquer dúvida neste sentido, bem como previu a possibilidade de produção de todos os meios de prova em direito admitidos.

Ainda que não esteja prevista no próprio título, como na redação do atual Código, a ausência de intimação e participação do Ministério Público nas causas que lhe competem enseja nulidade (artigo 242).

A ausência de indicação desta nulidade imediatamente no texto relativo ao Ministério Público não trouxe qualquer prejuízo, pois este gravame está perfeitamente descrito no campo próprio, qual seja, no capítulo relativo às nulidades processuais.

#### *4. Atuação como agente social*

Como dissemos, em razão do texto constitucional atual, o Ministério Público passou a exercer o papel de defensor do interesse social, inclusive contra os agentes do estado que colocam tal interesse em risco.

Logo, não mais faz sentido a imagem do “Parquet” apenas como defensor do interesse público.

É certo que o interesse público deveria ser o interesse social, ou, quando não, ao menos um reflexo direto deste; no entanto, numa sociedade complexa como a nossa, nem sempre o público e o social caminham juntos.

Com acerto, o legislador Constitucional definiu perfeitamente o campo de atuação do Ministério Público, como sendo um verdadeiro instrumento de defesa dos interesses difusos da sociedade, verdadeiros bens intangíveis, deixando a defesa dos interesses do Estado para a Advocacia Geral da União e as Procuradorias Estaduais e Municipais.

Logo, o Ministério Público passou a defender o interesse público qualificado,

ou seja, não o mero interesse do “estado-administração”, mas aquele relativo ao “estado-sociedade”.

O novo Código delinea perfeitamente essa ideia ao prever o Ministério Público como agente, o que ocorre, por exemplo, nas ações relativas ao meio ambiente, a probidade administrativa, a defesa do patrimônio histórico e cultural, entre outras, e o papel meramente interveniente, que se dará em ações caras à sociedade, relativas, basicamente, à incapacidade e ao estado de pessoas.

Portanto, o anteprojeto prevê o Ministério Público como agente de defesa dos interesses sociais.

#### *5. Independência*

A Constituição Federal prevê, no seu art. 127, § 1º, como princípios fundamentais do Ministério Público, a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Pois bem, o anteprojeto respeita tais princípios ao incumbir ao Procurador-Geral, o chefe da instituição, a tarefa de designar membro desta para atuar em processo na hipótese de recusa do promotor natural (artigo 149, parágrafo único).

É certo que o Procurador-Geral poderá inclusive manter a recusa de atuação, pois não será o Juízo que definirá as hipóteses de atuação, mas, sim, a Instituição ao examinar a natureza de ação ou intervenção que se pretende.

Portanto, os referidos princípios constitucionais foram observados no projeto.

#### *6. Responsabilização do Membro do Ministério Público*

O anteprojeto previu, tanto para o Juiz, como para o Promotor de Justiça, a hipótese de responsabilidade civil quando no exercício de suas funções proceder com dolo ou fraude (artigos 113 e 150).

Aparentemente tais dispositivos poderiam revelar uma garantia para as partes;

no entanto, além de polêmica, a hipótese enfraquece a obtenção de eventual indenização e afronta o sistema constitucional adotado.

Com efeito, a tradição do direito constitucional brasileiro previu a responsabilidade do Estado pelos atos de seus agentes. A carta de 1969 trazia tal previsão em seu artigo 107 e a atual Constituição Federal delimitou adequadamente a situação no artigo 37, § 6º.

Assim, havendo dano, o Estado será responsabilizado, independentemente da existência de dolo ou fraude, bastando, para tanto, a comprovação do nexo de causalidade entre o evento danoso e a ação estatal.

Essa previsão constitucional cria, portanto, um mecanismo de responsabilidade estatal que pode ser acionado com maior facilidade pelo particular atingido pelo ato danoso.

Assim, a Constituição Federal, ao tratar da denominada responsabilidade civil no âmbito administrativo, criou um mecanismo próprio e direto de ação do particular para proteger seus interesses lesados perante o Estado.

Por outro lado, o texto constitucional prevê, apenas nas hipóteses de dolo ou culpa, a possibilidade de ação de regresso do Estado contra seu agente.

Desse modo, o texto do anteprojeto está em desacordo com o regime constitucional da matéria, pois cria a possibilidade de o particular acionar diretamente o agente estatal, hipótese em que deverá comprovar o seu dolo ou fraude.

Logo, a responsabilização do Estado será dificultada pelo modelo de ação proposta, no qual a parte terá o gravame de comprovar o dolo ou fraude do agente estatal - Promotor ou Juiz -, quando, no modelo constitucional vigente, basta comprovar o nexo de causalidade para a obtenção da reparação financeira do dano sofrido.

Além disso, o particular perderia a garantia de receber a indenização devida

do Estado, cuja solvência financeira é garantida.

Por outro lado, os mecanismos de controle da ação estatal de Juizes e Promotores, de maior eficiência, não são ação de responsabilidade direta, mas, sim, os controles constitucionais previstos nos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público.

Esses Conselhos instituídos pela Emenda Constitucional nº 45 têm a incumbência de realizar o controle administrativo, financeiro e disciplinar tanto da Magistratura como do Ministério Público.

Aliás, os Conselhos, em poucos anos de atividade, já demonstraram a possibilidade de um melhor controle e aprimoramento das atividades da Magistratura e do Ministério Público, tendo afastado inúmeros magistrados e promotores que perpetraram condutas indevidas, aprimorando, desse modo, a atividade estatal desses órgãos.

É certo mencionar que, na hipótese de adoção do modelo previsto, de constitucionalidade no mínimo duvidosa, as ações judiciais de responsabilidade civil correlatas às medidas adotadas pelos Conselhos certamente não teriam sido adotadas, gerando enorme prejuízo às partes e ao sistema de Justiça.

Portanto, essa inovação, relativa à responsabilização dos membros da Magistratura e do Ministério Público, além de inconstitucional, representa um retrocesso.

## 7. Conclusões

Ao término destes pequenos apontamentos sobre a nova proposta do Código de Processo Civil, no que tange ao Ministério Público podemos, em apertado resumo, formular as seguintes conclusões:

a) Positivas:

- A posição institucional do Ministério Público recebe o mesmo tratamento que a Constituição Federal de 1988 lhe reservou.

- O Ministério Público é tratado como defensor, não só dos interesses públicos, mas dos interesses sociais.

- São delineados os papéis de agente e de fiscal da lei exercidos pelo Ministério Público.

- É garantida a independência e autonomia funcional do Ministério Público.

b) Negativas:

- O modelo de responsabilização do membro do Ministério Público afronta o texto constitucional, especificamente o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

- Este modelo de responsabilização traz um ônus maior ao particular lesado e dificulta a reparação do dano sofrido.



# Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC

Fernando da Fonseca Gajardoni

## Sumário

1. Modelos procedimentais. 2. Procedimentos ou ritos no CPC/73. 3. Razões que inspiraram a criação de procedimentos especiais. 4. O procedimento no NCPC. 5. A simplificação formal e ritual no NCPC. 5.1. A substituição dos procedimentos cognitivos ordinário e sumário pelo procedimento comum melhorado. 5.2. O fim dos procedimentos especiais cautelares. 5.3. A extinção de inúmeros procedimentos especiais. 6. Flexibilização e déficit procedimental no NCPC. 6.1. Procedimento rígido como regra de ordem pública. 6.2. Procedimento rígido como fator de segurança e previsibilidade do sistema. 6.3. Flexibilizando a rigidez do procedimento sem perder a previsibilidade e segurança do sistema. 6.4. Flexibilização procedimental e condicionamentos. 6.5. O substitutivo do Senado e a mitigação da flexibilização procedimental. 7. Conclusão e votos de restabelecimento pleno da flexibilização procedimental no NCPC, com proposta de adequada redação do dispositivo.

### *1. Modelos procedimentais*

Quanto à ordenação formal dos atos no processo (local na série e prazos), o modelo procedimental de um sistema varia conforme maior ou menor flexibilidade na aplicação destas regras ao caso concreto; se há liberdade ou não das partes e do juiz para modificarem essas regras, se afastando do modelo legal previamente previsto; se o regime preclusivo é ténue ou rigoroso,

Fernando da Fonseca Gajardoni é Professor Doutor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da USP – Ribeirão Preto (FDRP-USP) e do programa de Mestrado em Direito da Universidade de Itaúna (UI-MG). Doutor e Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP (FD-USP). Juiz de Direito no Estado de São Paulo.



admitindo ou não o retorno a fases processuais já superadas no tempo.

Com base nisso, dois sistemas processuais são conhecidos e indicados pela doutrina no que toca ao procedimento: a) *sistema da legalidade das formas procedimentais*; b) *sistema da liberdade de formas procedimentais*.

No primeiro sistema, o lugar em que cada ato processual tem cabimento, bem como o prazo para sua prática, encontra-se rigidamente pré-estabelecido em lei, podendo o desrespeito à prescrição legal implicar invalidade do próprio ato processual, do seu conjunto (do procedimento todo), ou do resultado do processo (da sentença). Esse sistema tem por grande mérito a previsibilidade e a segurança que oferta ao jurisdicionado, ciente da maneira como desenvolver-se-á o processo do início ao fim. Mas é burocrático e em muitas ocasiões implica a prática de atos processuais desnecessários ou inadequados à efetiva tutela dos direitos.

No segundo sistema, não há uma ordem legal pré-estabelecida para a prática dos atos processuais, tampouco há disciplina legal dos prazos, competindo aos sujeitos do processo (ora às partes, ora ao juiz) determinar a cada momento qual o ato processual a ser praticado, bem como o tempo para tanto.

Não há sistemas totalmente puros, embora seja manifesta a preferência pelo primeiro deles e a preponderância das regras legais sobre o procedimento. A grande maioria dos modelos procedimentais – como o da até então vigente Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) ou do próprio CPC em vigor – tende ao sistema da legalidade das formas procedimentais, em que não é permitido às partes ou ao magistrado alterar a ordem ou o prazo para a prática de atos processuais na série.

## 2. Procedimentos ou ritos no CPC/73

Exatamente por conta da adoção do modelo da *legalidade das formas procedimentais*

no CPC/73, a doutrina nacional majoritária tem entendido que só a legislação pode promover a calibração dos procedimentos processuais às particularidades subjetivas e objetivas da causa. Por isso, ao Estado compete estabelecer normas que disciplinem os procedimentos levando em conta diversos fatores, que vão desde a busca por uma tutela jurisdicional mais célere até uma melhor proteção a determinadas pessoas ou direitos que, pelo seu valor pecuniário ou social, demandam uma solução de melhor qualidade extrínseca e/ou intrínseca.

Com base nisso e visando esta adequação procedimental, o CPC/73 criou, conforme o tipo de processo (conhecimento, execução e cautelar), variados procedimentos, assim classificados por puro expediente didático.

No *processo de conhecimento*, o sistema contemplou duas categorias procedimentais: os *procedimentos comuns* e os *procedimentos especiais*. Os primeiros subdividem-se em procedimentos ordinário e sumário (art. 272 do CPC/73). Os segundos, em procedimentos especiais constantes do CPC/73 (arts. 890 a 1.102c) e os constantes de legislação extravagante. A todos se aplicam subsidiariamente as regras do *procedimento comum* ordinário (art. 272, parágrafo único, do CPC/73).

Por sua vez, no *processo de execução*, embora o sistema não seja expresso, tampouco a doutrina faça essa classificação, encontramos também duas categorias de ritos: os *comuns* e os *especiais*. Integram o processo de execução de rito comum a execução para entrega de coisa (artigos 621 a 631 CPC/73), a execução de obrigação de fazer e não fazer (artigos 632 a 645 CPC/73) e a execução por quantia contra devedor solvente (artigos 646 a 729 CPC/73). Os procedimentos especiais da execução também se subdividem em procedimentos especiais constantes do CPC/73 – execução contra a Fazenda Pública (arts. 730 e 731), execução de alimentos (arts. 732 a 735) e execução por quantia contra devedor insolvente (arts. 646 a 729 e 748

a 786-A) – e procedimentos especiais executivos de legislação extravagante (aqueles não contemplados no Código de Processo Civil), entre outros, a execução fiscal (Lei 6.830/1980) e a execução hipotecária do Decreto-lei 70/1966 e da Lei 5.741/1971.

O *processo cautelar* também tem os seus procedimentos. Ao lado das cautelares de *procedimento comum* (arts. 800 a 804 do CPC/73) – nominadas (arts. 888 e 889 do CPC) ou inominadas (art. 798 do CPC) –, há, ainda, as cautelares de *procedimento próprio ou especial* (arts. 813 a 887 do CPC/73), que se diferenciam das primeiras, como todo procedimento especial, exatamente por se submeterem a trâmites específicos e que se revelam total ou parcialmente distintos dos comuns.

### 3. Razões que inspiraram a criação de procedimentos especiais

Para todos os tipos de processos, a criação de modelos rituais especiais resulta, ao menos em tese, de particularidades ligadas ao direito material ou a pessoa dos litigantes

Assim, por exemplo, o legislador, atento ao *diminuto valor do pedido*, criou o procedimento especial dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais (Lei 9.099/1995), Federais (Lei 10.259/2001) e da Fazenda Pública (Lei 12.153/2009), em que impera a sumarização e informalidade procedimental; atento ao *interesse público* em jogo, criou o procedimento especial da desapropriação (Decreto-lei 3.365/1941), com possibilidade de imissão do poder expropriante na posse do bem liminarmente; atento à tutela do próprio *direito à vida*, criou o procedimento especial da ação de alimentos (Lei 5.478/1968), que permite a concessão de tutela antecipatória com requisitos muito mais tênues que os do art. 273 do CPC/73; atento à *qualidade especial das partes*, quadruplicou todos os prazos de reposta das Fazendas Públicas (art. 188 do CPC), bem como modelou um procedimento executivo por quantia espe-

cífico contra o Estado (art. 730 CPC/73); e atento, simplesmente, à *incompatibilidade lógica do procedimento comum com a execução coletiva*, criou o procedimento especial falimentar (Lei 11.101/2005).

Há alguns procedimentos especiais, entretanto, que, apesar de previstos na legislação civil em vigor, efetivamente não tinham mais razão de existir, seja porque poderiam perfeitamente ser tutelados pelo procedimento comum (sem prejuízo algum ao direito ou das partes em litígio), seja porque, com a possibilidade, desde 1994, de concessão de liminares antecipatórias genéricas (art. 273 CPC/73), não havia mais sentido para que continuassem especiais. Listem-se, como exemplos, os procedimentos especiais da ação de anulação de títulos ao portador (arts. 907 a 913 CPC/73), da ação de nunciação de obra nova (arts. 934 a 940 CPC/73), da ação de usucapião (arts. 941 a 945 CPC/73), entre tantos outros.

Seja como for, de se reafirmar que, como nosso sistema vigente é adepto da *legalidade das formas procedimentais*, prevalece atualmente o entendimento de que não é dado ao juiz, à míngua de previsão legal específica, ignorar os procedimentos especiais inutilmente previstos – deixando de aplicá-los conforme a constatação de falta de racionalidade lógica na sua criação –, tampouco pode o magistrado, percebendo a ausência de tutela ritual adequada a determinado bem ou pessoa, adaptar ou criar procedimentos conforme as particularidades da causa.

### 4. O procedimento no NCPC

No CPC projetado, são promovidas alterações profundas no regime procedimental do CPC/73, com manifesta simplificação dos ritos e, principalmente, com uma tentativa – *por ora parcialmente frustrada pelo substitutivo do Senado* – de se mitigar a adoção, pelo sistema, do *modelo da legalidade das formas procedimentais*, permitindo-se ao juiz e às partes, diante do déficit procedi-

mental, a adaptação dos procedimentos às particularidades objetivas e subjetivas da causa (*flexibilização procedimental*).

### 5. A simplificação formal e ritual no NCPC

Como um dos motes anunciados pela Comissão de Juristas encarregada da elaboração do NCPC era a *simplificação*, não parece estranho que um dos principais campos para o exercício desta tarefa fosse a seara dos procedimentos.

Afinal, é voz corrente no foro e na academia que os procedimentos do CPC/73, de um modo geral, são lentos e burocráticos, sendo imperiosa, portanto, uma completa reestruturação para, sem renúncia aos direitos e garantias constitucionais, permitir que o processo alcance o maior resultado no menor tempo possível.

Por exemplo, sabe-se que o procedimento cognitivo sumário do CPC/73 – apesar de ser um plenário rápido ( FAIRÉN GUILLÉN, 1953, p. 46) – acaba, no mais das vezes, por ser mais lento que o próprio procedimento ordinário (FIGUEIRA JÚNIOR; LOPES, 1997, p. 35), isso por conta da necessidade de pauta judicial livre para a realização de audiência de conciliação logo no início do procedimento (art. 277 e 278 do CPC/73).

Sabe-se, também, que o modo formal – quase solene – do processamento de certos incidentes processuais (exceções de incompetência relativa, impugnação ao valor da causa, impugnação aos benefícios da justiça gratuita, etc.), e mesmo de demandas contrapostas (reconvenção), prejudica profundamente a tutela dos direitos (BEDAQUE, 2005, p. 417-433).

E, por fim, a quase nenhum operador jurídico é lícito negar que o excessivo número de procedimentos especiais cognitivos e cautelares – muitos deles, como já apontado, criados sem sentido lógico algum – acaba por confundir a própria presteza e efetividade da Justiça (ARAGÃO, 2004, p. 205).

Por isso o CPC projetado investe fundo na questão da simplificação formal e ritual do sistema, eliminando empecilhos puramente formais, sem sentido prático ou lógico, e reprojetoando, com manifestas melhorias (pese alguns poucos retrocessos), os ritos processuais, os quais doravante pretendem efetivamente servir ao que se prestam: garantir segurança, cadência e estrutura ao processo civil.

#### 5.1. A substituição dos procedimentos cognitivos ordinário e sumário pelo procedimento comum melhorado

O CPC projetado propõe – em boa hora – o fim dos procedimentos cognitivos *sumário* e *ordinário*, fundindo-os em uma figura única e híbrida denominada *procedimento comum*.

Cria-se, assim, um procedimento misto – doravante nominado simplesmente de *procedimento comum* – com fusão do que havia de melhor nos dois procedimentos substituídos, potencializando-os, ainda, mediante pequenos ajustes que podem – com o correspondente empenho dos operadores jurídicos e estruturação das unidades judiciárias – fazer com que os processos sejam concluídos rapidamente em 1º grau de jurisdição.

Para todas as causas não regidas por *procedimento especial*, a petição inicial (art. 296 do NCPC/Senado) e a contestação (art. 325, parágrafo único, NCPC/Senado) passarão a ser apresentadas com o rol de testemunhas não superior a 5 (cinco). Utilizando-se da regra do atual procedimento sumário (arts. 276 e 278 CPC/73), elimina-se uma etapa morta atualmente existente no procedimento ordinário (arrolamento de testemunhas – art. 407 do CPC/73). E permite-se às partes, ainda na fase postulatória, precaverem-se quanto à idoneidade das testemunhas para fins de futura contradita em audiência, algo que, efetivamente, potencializa a garantia constitucional da ampla defesa.

Ampliam-se as hipóteses de improcedência liminar do pedido (*juízo ante-*

*cipadíssimo do mérito*), para abarcar – além da prescrição e decadência – as situações de pretensões fundamentadas em matéria exclusivamente de direito e contrárias a decisões do STF ou STJ, proferidas em julgamento de recursos repetitivos ou súmulas, ou contrárias a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou assunção de competência (art. 307 do NCPC/Senado). Lamentavelmente, sem nenhum amparo lógico ou racional, foi excluída a hipótese atual de julgamento liminar de improcedência das causas repetidas em 1º grau (art. 285-A CPC/73), algo que contraria o ideário sempre defendido de que é necessário o fortalecimento dos juízes de primeira instância, e ignora, por completo, o fato de *muitas questões relacionadas à aplicabilidade de leis municipais e estaduais não alcançarem os Tribunais Superiores* (v.g. vantagens pessoais de servidores públicos). Com isso, perde-se poderoso instrumento de aceleração do rito, já que tais questões, ainda que decididas de modo uniforme e repetitivo pelos juízes de 1º grau e Tribunais de Justiça, não poderão justificar a decretação liminar da improcedência, o que perpetuará a multiplicação desnecessária de ações de mesma natureza, ao menos até que se promova o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 930 NCPC/Senado).

Insera-se, logo na fase inicial do procedimento e antes da resposta do réu, uma audiência de conciliação – de comparecimento compulsório (sob pena de multa) – a ser realizada por conciliadores e mediadores em pauta distinta da do juiz (art. 323 do NCPC/Senado), a qual só será dispensada se uma das partes declarar expressamente seu desinteresse nos 10 (dez) dias que antecedem ao ato. Plenamente justificada a opção da Comissão de Juristas, vez que experiências reais (Projeto de Gerenciamento de casos do TJ/SP) revelam o quão útil para os fins autocompositivos é a realização de audiência de conciliação/ mediação, por meio de corpo de mediadores/

conciliadores autônomos, logo no início do rito (GAJARDONI, ROMANO; LUCHIARI, 2007, p. 18-42).

Extingue-se a diferenciação inútil que existia entre a forma de arguição da incompetência absoluta e relativa existente no CPC/73, a primeira por preliminar de contestação (art. 301, II, CPC/73) e a outra por exceção ritual autônoma (arts. 112, 114 e 307 CPC/73). Doravante ambas as incompetências poderão ser arguidas por preliminar de contestação (art. 327, II, NCPC/Senado) – conforme, inclusive, já vem sendo admitido por jurisprudência mais progressiva –, simplificação essa que também foi estendida para os atuais incidentes autônomos de impugnação ao valor da causa (art. 261 CPC/73) e impugnação dos benefícios da justiça gratuita (art. 6º da Lei 1.060/50), os quais se farão, da mesma forma, em preliminar de contestação (art. 327, III e XIII, NCPC/Senado).

Permite-se ao réu no novo *procedimento comum* – tanto quanto hoje já é permitido para o procedimento sumário (art. 278, § 1º, CPC/73) e para alguns procedimentos especiais (v.g. art. 922 CPC/73) – a possibilidade de formular pedido na própria contestação, independentemente do expediente formal da reconvenção, doravante relegado à história do processo civil brasileiro (art. 326 NCPC/Senado).

Aliás, pelo seu vasto conteúdo (exceções de incompetência, pedido contraposto, etc.), a contestação – a ser apresentada, regra geral, no prazo de 15 (quinze) dias a contar do insucesso da audiência de conciliação (art. 324 NCPC/Senado) – deveria ser renominada no NCPC para *resposta*, nomenclatura muito mais adequada para indicar o que ela realmente representa (DUARTE, 2011).

Permite-se a emenda da inicial após a contestação – em verdadeira manobra de salvamento do processo – nos casos em que alegada ilegitimidade passiva (art. 328 NCPC/Senado); extingue-se a declaratória incidente, passando-se as questões prejudi-

ciais a serem alcançadas pela coisa julgada independentemente de provocação da parte (arts. 20 e 420 NCPC/Senado); facultase ao advogado – a bem da aceleração dos procedimentos – promover diretamente, pelo correio, a intimação do advogado da outra parte (art. 241, § 1º, NCPC/Senado), algo que, apesar do avanço, ainda é pouco diante da experiência do direito comparado, que permite, inclusive, a citação extrajudicial da parte (arts. 245 e 246 do CPC/Português); reduz-se o prazo em quádruplo da Fazenda Pública (art. 188 do CPC/73) para o dobro – diminuição compensada pela nova regra de que, na contagem dos prazos, só se contarão os dias úteis (art. 186 do NCPC/Senado) – com enormes ganhos na celeridade processual (art. 106 do NCPC/Senado); condiciona, na esteira do que já semelhantemente ocorre no processo do trabalho, a oitiva das testemunhas arroladas ao comparecimento espontâneo ou à prévia a intimação extrajudicial (art. 441 e §§ do NCPC/Senado); extingue-se a audiência preliminar do atual art. 331 do CPC/73, obviamente compensada pela audiência inaugural de conciliação; permite-se a realização de perícias extrajudiciais em determinadas hipóteses (art. 456 do NCPC/Senado); entre tantas outras pequenas inovações com grande impacto no procedimento processual, especialmente no tempo.

De se lamentar, apenas, que haja no NCPC regra a determinar o julgamento dos processos por ordem cronológica de conclusão (art. 12 do NCPC/Senado). Apesar das inúmeras exceções legais constantes do próprio dispositivo (§ 2º) – as quais nunca serão suficientes diante da riqueza das situações do foro –, fato é que todos os ganhos procedimentais havidos com a simplificação formal e ritual dantes alinhavados podem ser perdidos quando se determina que processos mais simples tenham que ficar na fila aguardando o julgamento de casos mais complexos. Fico eu a pensar um caso de simples alvará para liberação de valores

salariais deixados por pessoa morta, que aguardará dias ou meses o julgamento de um inventário mais complexo, ou talvez de uma ação de improbidade administrativa de 16 volumes. Regra sem nexo e sem lógica, que depõe contra o princípio insculpido no art. 5º, LXXVIII, da CF.

### 5.2. O fim dos procedimentos especiais cautelares

Conforme já sustentávamos em sede acadêmica (MEDINA; ARAUJO; GAJARDONI, 2010, p. 143), extinguiram-se os procedimentos cautelares típicos ou nominados (arts. 813 a 888 CPC/73) – *não o processo cautelar como apressadamente têm apontado alguns* –, adotando-se a regra no sentido de que basta à parte a demonstração do *fumus boni iuris* e do perigo de ineficácia da prestação jurisdicional (*periculum in mora*) para que a providência pleiteada seja deferida, seja qual for sua natureza (cautelar ou satisfativa).

Deu-se, também, cabo à autonomia procedimental das cautelares incidentais – algo que já não mais fazia sentido após o advento do art. 273, § 7º, do CPC/73 –, conservando, apenas, o procedimento cautelar comum para a totalidade das medidas cautelares antecedentes (art. 279 NCPC/Senado).

Reorganizaram-se as tutelas sumárias – com enormes vantagens didáticas e procedimentais –, dividindo-as nas modalidades de *tutela de urgência* (cautelar e satisfativa) – sempre fundada no *periculum in mora* – e *tutela da evidência* (art. 269 e ss. do NCPC/Senado).

Conforme exposição de motivos do anteprojeto, deixou-se “clara a possibilidade de concessão de tutela de urgência e de tutela à evidência. Considerou-se conveniente esclarecer de forma expressa que a resposta do Poder Judiciário deve ser rápida não só em situações em que a urgência decorre do risco de eficácia do processo e do eventual perecimento do próprio direito. Também em hipóteses em que as alegações da parte



se revelam de juridicidade ostensiva, deve a tutela ser antecipadamente (total ou parcialmente) concedida, independentemente de *periculum in mora*, por não haver razão relevante para a espera, até porque, em regra, a demora do processo gera agravamento do dano. Ambas essas espécies de tutela vêm disciplinadas na Parte Geral, tendo também desaparecido o livro das Ações Cautelares. As tutelas de urgência e da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento em que se pleiteia a providência principal. Não tendo havido resistência à liminar concedida, o juiz, depois da efetivação da medida, extinguirá o processo, conservando-se a eficácia da medida concedida, sem que a situação fique protegida pela coisa julgada. Impugnada a medida, o pedido principal deve ser apresentado nos mesmos autos em que tiver sido formulado o pedido de urgência”.

### 5.3. A extinção de inúmeros procedimentos especiais

Com propriedade, muitos procedimentos especiais foram extintos pelo NCPC, vez que não havia mesmo razão lógica ou jurídica para que continuassem a existir, ainda mais quando no anteprojeto do NCPC se permitia – em disposição que, posteriormente, foi objeto de parcial alteração no substitutivo do Senado (art. 118, V, do NCPC/Senado) – ao juiz calibrar o procedimento conforme as particularidades da causa (*flexibilização procedimental*) (art. 107, V, do NCPC/Comissão).

De fato, conforme lançado na exposição de motivos do anteprojeto, “já não se podia afirmar que a maior parte desses procedimentos era efetivamente especial, vez que as características que, no passado, serviram para lhes qualificar desse modo, após as inúmeras alterações promovidas pela atividade de reforma da legislação processual, deixaram de lhes ser exclusivas. Vários aspectos que, antes, somente se viam nos procedimentos ditos especiais, passa-

ram, com o tempo, a se observar também no procedimento comum”.

Deu-se fim à ação de anulação e substituição de títulos ao portador (arts. 907 e ss. CPC/73). Primeiro, porque, como regra, a emissão de títulos ao portador não é admitida no sistema (Lei 8.021/1990 e art. 907 do CC/02). E segundo, pois é plenamente possível a obtenção da posse do título ou sua anulação e substituição pelo do procedimento comum, inclusive de modo liminar (art. 273/CPC). Assim, não havia mesmo nenhuma especialidade, seja do ponto de vista das partes, seja do direito material, a justificar a manutenção deste procedimento especial no sistema.

O procedimento especial da ação de usucapião de imóveis (art. 941 e ss. CPC/73) é extinto, com a criação do procedimento edital, como forma de comunicação dos atos processuais, por meio do qual se devem provocar todos os interessados a intervir na medida de seus interesses (art. 228 NCPC/Senado). Não fazia sentido a manutenção do rito especial da usucapião, vez que, após a fase de citação, o feito passava mesmo a seguir o rito comum. A única particularidade de mesmo era a citação dos confrontantes e dos terceiros interessados, algo devidamente suprido com o procedimento edital no NCPC. Com a mudança, todas as ações de usucapião, inclusive as regidas por lei própria (art. 14 da Lei 10.257/2001), passarão a ter o rito comum, vez que extintos os ritos especial e sumário do CPC/73.

Deu-se fim, com completa razão, à ação monitória.

Vocacionado à celeridade por conta da sumarização da cognição e do próprio procedimento, o processo monitório foi inserido em 1995 no nosso ordenamento jurídico como instrumento apto a dispensar o processo de conhecimento em uma infinidade de hipóteses.

Entretanto, após mais de 15 (quinze) anos em vigor, constatou-se que o instituto, ao menos para a causa da celeridade, foi um completo fracasso.



Conforme autorizada doutrina, para que a tutela monitória seja eficaz indispensável, “contar-se com a raridade normal das pretensões infundadas e de oposições dilatórias, assim como esperar que seja exíguo o número das impugnações em relação ao das ordens de pagamento expedidas. A não ser assim, suposta, de um lado, a liberdade de provocar ordens e, de outro, a liberdade de privá-las de valor com a simples impugnação, o processo monitório pode transformar-se em fácil instrumento de vexames ou em causa de inúteis complicações processuais” (CHIOVENDA, 1969, p. 259).

Em pesquisa de campo, por nós efetuada na Justiça Estadual paulista (GAJARDONI, 2003, p. 167), constatou-se que não é exíguo o número de impugnações em relação ao das ordens de pagamento expedidas. No Estado de São Paulo, apenas 18,8% dos mandados monitórios expedidos são voluntariamente cumpridos. Os dados tornam-se ainda mais interessantes se levarmos em conta que, em 61% das Varas cobertas pela pesquisa, esse percentual atinge apenas 10%.

Esses números levam-nos à conclusão de que, apesar da isenção de custas e honorários advocatícios nas hipóteses de cumprimento espontâneo do mandado (art. 1.102c, § 1º, CPC/73), o procedimento monitório não correspondeu às expectativas iniciais. A aceleração do processo obtida pela cognição sumária com base na prova unilateral apresentada pelo autor e expedição, *inaudita altera pars*, do mandado de pagamento ou entrega estão prejudicadas pela posterior oposição, em mais de 80% dos casos, de embargos ao mandado monitório, que, independentemente da natureza jurídica que lhe emprestem, suspendem a eficácia do mandado inicial e suportam cognição plena e exauriente (procedimento ordinário).

Em que pese a inexistência de elementos numéricos nesse sentido, acreditamos estar autorizados a sugerir que, antes da inserção da ação monitória no sistema, o número de

pagamentos efetuados quando da citação para ações de cobrança era quase igual ou igual ao obtido na pesquisa. Nada mudou, portanto.

Isso tudo sem contar as inúmeras discussões paralelas que se formaram a respeito da natureza jurídica da monitória ou da decisão que determina a expedição de mandado de pagamento ou entrega; de quais seriam os documentos monitórios, de qual o efeito do recurso de apelação contra a sentença que julga improcedentes os embargos ao mandado monitório, etc.; discussões essas que, muito mais do que aperfeiçoar a técnica processual, acabaram por tornar o procedimento especial monitório em um terreno alagadiço, com enorme risco para todos os operadores do direito.

Que a monitória, então, ocupe o seu devido espaço na história do processo civil brasileiro. E nada mais.

Por outro lado, foram mantidos no NCPC os procedimentos especiais mais úteis e que, em razão de particularidades relacionadas às partes ou ao direito debatido, ou mesmo da incompatibilidade lógica de serem tutelados pelo procedimento comum (procedimentos especiais infungíveis), mereciam mesmo uma tutela procedimental diferenciada: a ação de consignação em pagamento, a ação de prestação de contas, a ação de divisão e demarcação de terras particulares, inventário e partilha, embargos de terceiro, habilitação, restauração de autos, homologação de penhor legal e ações possessórias.

Manteve-se, no código projetado, a ação de exigir contas (art. 915 CPC/73 e art. 535 NCPC/Senado), que, por conta do procedimento bifásico, demanda mesmo um procedimento diverso do comum. Foi extinta pelo NCPC/Senado, entretanto, a ação de dar contas, com regência atual pelo art. 916 do CPC. A proposta nos parece desacertada. Conveniente a manutenção da natureza dúplice da ação de dar contas, com possibilidade de declaração de saldo credor e favor da parte demandada

independentemente de pedido. Como não mais haverá regência especial da medida, a natureza dúplici do procedimento de dar contas pode restar comprometida pela impossibilidade de aplicação do art. 538 do NCPC/Senado, o que é preocupante. Melhor que se tivesse mantido junto aos procedimentos especiais tal medida.

Perdeu-se uma fantástica oportunidade de simplificar o procedimento do inventário/arrolamento (art. 982 e ss. do CPC/73 e art. 596 e ss. NCPC/Senado), certamente um dos mais lentos, burocráticos e dispendiosos procedimentos em curso no Judiciário brasileiro. Poderia o código projetado ter ousado um pouco mais e extrajudicializado, de vez, o procedimento do arrolamento, tornando *obrigatória* a sua realização na esfera extrajudicial.

Não houve, de um modo geral, alterações dignas de nota nos procedimentos especiais preservados. A destacar, apenas, o procedimento especial de dissolução parcial de sociedade – que, no modelo ainda vigente, segue as regras do CPC/39 (art. 1218, VII, CPC/73 c.c. 655 e ss. do CPC/39) –, o qual foi aperfeiçoado e reinserido entre os procedimentos especiais constantes da legislação que, doravante, se pretende ver em vigor.

Por fim, o NCPC, adequadamente, realocou os procedimentos especiais que sobejaram no livro que trata do processo de conhecimento (livro II), já que, apesar de possuírem certa carga cautelar e executiva, indubitavelmente, têm preponderante carga cognitiva. Corrige-se, com isso, uma grave falha do CPC/73, que criara um livro autônomo para o tratamento dos procedimentos especiais (livro IV), como se fossem processos especiais distintos do processo de conhecimento.

#### 6. Flexibilização e déficit procedimental no NCPC

A mais interessante (e polêmica) proposta procedimental apresentada pela Comissão responsável pela elaboração do

NCPC, entretanto, tem a ver com a expressa adoção, em nosso sistema, do *princípio da adequação formal* ou, como temos preferido em nomenclatura pioneiramente introduzida no Brasil (e adotada pela doutrina), do princípio (ou padrão) da *flexibilização (judicial) do procedimento* (GAJARDONI; ROMANO; LUCHIARI, 2008).

De fato, conforme letra do art. 107, V, do NCPC/Comissão, o juiz dirigirá o processo conforme as disposições da lei, incumbindo-lhe “adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa”.

Tal norma ainda é complementada pela redação do art. 151, § 1º, do mesmo estatuto, a dispor que “quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste”.

Se por um lado aplaudiu-se a norma proposta sob o fundamento de que, com isso, os procedimentos passarão a ser adequados às particularidades subjetivas e objetivas do conflito (e não o contrário) – inclusive tornando desnecessária a previsão exaustiva e dilargada de procedimentos especiais (linha, aliás, seguida pelo NCPC) –, por outro se encontrou forte crítica (e resistência) da comunidade jurídica com a ampliação dos poderes do juiz na condução do procedimento; com o risco de que, operacionalizada a flexibilização, perca-se o controle do curso processual (da previsibilidade), principal fator para a preservação, desde a descoberta do país, do modelo da rigidez formal.

#### 6.1. Procedimento rígido como regra de ordem pública

Diz a doutrina corrente que as normas de direito processual, como regra, são de ordem pública e cogentes, especialmente se tratantes de forma ou de prazos, sendo

a dispositividade a mais absoluta exceção (MIRANDA, 1958, p. 50-51).

E assim é porque o procedimento, no direito processual eminentemente publicístico como o atual, atende, sobretudo, a interesses públicos. Não foi instituído, como regra, para favorecer ou para beneficiar as partes, tampouco para contemplar a comodidade de alguma delas. O interesse envolvido na criação de procedimentos, especialmente de cunho, sumário ou especial, parece, sobretudo, atender a um reclamo estatal em extrair da função jurisdicional, do trabalho jurisdicional mesmo, um rendimento maior. Portanto o procedimento ou o rito não é objeto possível de convenção das partes, de transigência ou de renúncia delas, mesmo que ambas e também o juiz estejam completamente concordes quanto a isso (PASSOS, 1983, p. 31).

Decorre daí não haver como a parte ou juiz, conforme sua conveniência pessoal, dispor de um rito, de um procedimento, que não foi criado para eles, mas, sim, para a atuação de uma função soberana do Estado. Este é o modelo seguido pelo CPC/73 vigente.

### *6.2. Procedimento rígido como fator de segurança e previsibilidade do sistema*

Desde Montesquieu (1973, l. 29) já se ouve referência de que “as formalidades da justiça são necessárias à liberdade”, pois, sem elas, não há como se controlar a atividade judicial, evitar o arbítrio e tampouco se permitir um processo com julgamento justo.

Por isso, o legislador, no intuito de dar ordem, clareza, precisão e segurança de resultados às atividades processuais, bem como de salvaguardar os direitos das muitas pessoas interessadas nelas, alçou algumas exigências técnicas a regras legais e subordinou a eficácia dos atos processuais à observância dos requisitos de forma (LIEBMAN, 1985, p. 225).

Entre as funções deste formalismo nominado procedimento estaria a de se

emprestar previsibilidade ao processo e de disciplinar o poder do juiz, atuando como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado (OLIVEIRA, 1997, p. 6-7).

Tais regras procedimentais, para cumprirem seu papel eminentemente garantista – ao menos de acordo com a doutrina dominante –, devem ser rígidas, pois a realização do procedimento deixada ao simples querer do juiz, de acordo com as necessidades do caso concreto, acarretaria a possibilidade de desequilíbrio entre o poder judicial e o direito das partes, além de risco à celeridade.

Por isso, os atos processuais que compõem o rito processual, de acordo com referida parte da doutrina, devem estar previstos expressamente e em lei, pois a previsibilidade e a anterioridade do procedimento é que conferem à decisão judicial os penhores de legalidade e legitimidade, sendo dele requisitos inafastáveis (DINAMARCO, 1996, p. 127).

### *6.3. Flexibilizando a rigidez do procedimento sem perder a previsibilidade e segurança do sistema*

O desenvolvimento dos atos processuais não é livre e espontâneo, senão regrado e organizado em preceitos predeterminados. São as normas de procedimento as que submetem a disciplina do processo, sinalizando os preceitos a utilizar, estabelecendo a ordem das atuações, medindo em unidades de tempo sua direção. Todas essas regras são técnicas, quer dizer, vêm concebidas em função de sua utilidade para o processo.

Exatamente por isso “a experiência aconselha mudá-las quando sua utilização torna estéril e dissipa os fins do processo” (MENDES, 1986, p. 340). Sendo as regras de procedimento preestabelecidas como garantia, essas normas não podem substantivar-se, quer dizer, converter-se em fim próprio por si mesmo. Isso conduz ao formalismo, defeito que deve ser firmemente

rechaçado por converter em fim o que não é mais do que um meio.

Ocorre que, pela índole do nosso sistema procedimental rígido, as normas do procedimento, *como regra*, só podem ser adaptadas à adequada tutela do direito material *por força de disposição legal*, cujo processo legislativo demanda espera incompatível com a ânsia pela tutela adequada.

Isso porque a relação entre justiça e forma criou a ilusão de que a legalidade e a rigidez do procedimento são sinônimas de previsibilidade e de segurança jurídica, sem o que haveria margem para o arbítrio.

Todavia, partindo do pressuposto de que a segurança jurídica reside na previsibilidade das ações futuras e de suas consequências, é possível ser evitado o arbítrio independentemente de as regras procedimentais estarem estabelecidas em norma cogente e pretérita.

Para que as regras procedimentais tenham seu poder ordenador e organizador, coibindo o arbítrio judicial, para que promovam a igualdade das partes e emprestem maior eficiência ao processo, tudo com vistas a incentivar a justiça do provimento judicial, *basta que sejam de conhecimento dos litigantes antes de sua implementação no curso do processo*, sendo de pouca importância a fonte de onde provenham (GAJARDONI, 2007, p. 85).

Ou seja, sendo as variações rituais implementadas apenas após a participação das partes sobre elas em pleno contraditório útil, não se vê como a segurança jurídica seja abalada, já que o desenvolvimento do processo está sendo regrado e predeterminado judicialmente, o que o faz previsível.

O estabelecimento de regras procedimentais por lei genérica impede as adequações rituais conforme o direito material a ser objeto de tutela, o que ocasiona (como no nosso sistema até então vigente) a proliferação de dezenas de procedimentos especiais, também incapazes de se adaptarem às circunstâncias do litígio em si. Pois em uma sociedade moderna, os conflitos pulu-

lam em uma velocidade não acompanhada simultaneamente por alterações legislativas e implementação de ritos especiais.

Esse é o motivo pelo qual a absoluta rigidez formal é regra estéril e que dissipa os fins do processo, que são oferecer em cada caso, processado individualmente e conforme suas particularidades, a tutela mais justa. A preocupação do processo há de se ater aos resultados, e não com formas pré-estabelecidas e engessadas com o passar dos séculos.

Não se nega que certo rigor formal é a espinha dorsal do processo, e que seria impensável o processo sem determinada ordem de atos e paralela distribuição de poderes entre os sujeitos. *O que não parece certo é vincular a fonte de emissão destas regras exclusivamente à norma cogente, ou estabelecer que só assim há previsibilidade, consequentemente segurança aos contendores*, como se o juiz fosse um ser inanimado incapaz de ordenar adequadamente o rito processual (BEDAQUE, 2005, p. 41, 67, 104-108).

O juiz, investido por critérios estabelecidos na Constituição Federal, é também agente político do Estado, portador de seu poder, inexistindo, portanto, razão para enclausurá-lo em cubículos formais dos procedimentos, sem liberdade de movimentos e com pouquíssima liberdade criativa (DINAMARCO, 1995, p. 129).

Ademais, as variações procedimentais implementadas por determinação judicial poderão ser controladas pela finalidade, pelo contraditório obrigatório e pela motivação, o que deveria ocorrer, inclusive, no âmbito recursal (pese a previsão do CPC projetado da irrecorribilidade das interlocutórias).

#### 6.4. Flexibilização procedimental e condicionamentos

*A regra da flexibilização é utilizada apenas em caráter subsidiário.* Não havendo nuança a justificar a implementação de alguma variação procedimental, o processo deverá necessariamente seguir o rito fixado em

lei, mantendo, assim, a previsibilidade e a segurança que se espera do procedimento processual.

Por isso, algum critério, ainda que mínimo, deve haver para que possa ser implementada a variação ritual, ainda que, *criticavelmente*, não tenha o NCPC/ Comissão disciplinado isso. Do contrário, as partes e o juiz não saberão para onde o processo vai e nem quando ele vai acabar.

Três são os condicionamentos para que se operacionalize a flexibilização (GAJAR-DONI, 2007, p. 88-95):

a) *Finalidade*. Três situações mais específicas autorizarão a variação. (1) A primeira delas – a mais comum – ligada ao direito material: toda vez que o instrumento predisposto pelo sistema não for apto à tutela eficaz do direito reclamado, possível a variação ritual. É o que ocorre com ampliação de prazos rigidamente fixados em lei para garantir a defesa, com a ampliação da fungibilidade de meios em favor da tutela dos direitos, entre outras situações práticas. (2) A segunda relacionada com a higidez e utilidade dos procedimentos, isto é, com a possibilidade de dispensa de alguns empecilhos formais irrelevantes para a composição do *iter* dos processos, que de todo modo atingirá seu escopo sem prejuízo das partes. Com efeito, o juiz, no caso concreto, deverá verificar a idoneidade da exigência formal, desprezando-a caso não haja lógica para a imposição legal havida por mero culto à forma. Exemplificativamente, é o que se dá com a inversão da ordem de produção de provas (art. 452 do CPC). A precedência do exame pericial à colheita da prova oral, além de gerar a realização de dispendiosa perícia para aferição do dano em momento anterior à comprovação do próprio dever de indenizar, não se justifica do ponto de vista finalístico, já que não há razão lógica para essa precedência. Ouvir o perito na mesma audiência em que se ouvirão as partes e as testemunhas é tecnocracia incompatível com a possibilidade de ser designado posteriormente novo ato para

essa finalidade. (3) Finalmente, a terceira situação que autoriza a variação ritual tem relação com a condição da parte. Nada impede que o juiz, a bem da proteção do hipossuficiente e equilíbrio dos contendores, altere o procedimento para a composição de uma igualdade processual e material consoante os valores constitucionais. É o que ocorre com a superação de regras rígidas de preclusão em favor do necessitado cuja defesa técnica e gratuita não seja adequada. Ou que o juiz, a vista do requerimento conjunto e consensual dos litigantes, permita a variação do procedimento, *v.g.*, autorizando a ampliação de prazo rigidamente estabelecido em lei.

b) *Contraditório útil*. O princípio do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de influir nas decisões judiciais, mas faz também depender da participação das partes a própria formação dos procedimentos e dos provimentos judiciais, seja por manifestação prévia, seja pela ampla possibilidade de recorrer das decisões que alteram o procedimento. Logo, se não se pode tomar as partes de surpresa sob pena de ofensa ao princípio do contraditório, eventual alteração procedimental não prevista no *iter* estabelecido legalmente depende da plena participação delas (preventiva ou repressivamente), até para que as etapas do procedimento sejam previsíveis. E isso só será possível se o julgador propiciar às partes efetiva oportunidade para se manifestarem sobre a inovação, pois, ainda que não estejam de acordo com a flexibilização do procedimento, a participação efetiva dos litigantes na formação desta decisão é o bastante para se precaverem processualmente, inclusive valendo-se de recursos para reparar eventuais iniquidades. Portanto, no âmbito da flexibilização dos procedimentos, toda vez que for adequada a inversão da ordem, inserção ou exclusão de atos processuais abstratamente previstos, a ampliação dos prazos rigidamente fixados, ou outra medida que escape do padrão legal,



indispensável a realização de contraditório, preferencialmente preventivo, desde que útil aos fins colimados pela variação ritual, garantindo-se sempre aos litigantes o pleno exercício do feixe de garantias advindas do devido processo constitucional (contraditório, ampla defesa, etc.).

c) *Motivação*. Derradeiramente, o último requisito para a implementação das variações rituais é a necessidade de fundamentação da decisão que altera o *iter* legal, condição essa que não diverge, por força de disposição constitucional (art. 93, IX, da CF), da sistemática adotada para toda e qualquer decisão judicial. Trata-se de imposição de ordem política e afeta muito mais ao controle dos desvios e excessos cometidos pelos órgãos jurisdicionais inferiores na condução do processo do que propriamente à previsibilidade ou à segurança do sistema. É na análise da fundamentação que se afere em concreto a imparcialidade do juiz, a correção e justiça dos próprios procedimentos e decisões nele proferidas.

#### 6.5. O substitutivo do Senado e a mitigação da flexibilização procedimental

Quando divulgado o texto do anteprojeto do NCPC pela comissão de juristas responsável pela sua elaboração, a comunidade jurídica, em especial os advogados, viram com extremo receio e desconfiança os dispositivos que permitiam a flexibilização judicial do procedimento (art. 107, V, e 151, § 1º, do NCPC/Comissão). Diziam, como já tivemos oportunidade de afirmar (item 6 *supra*), que, com a ampliação dos poderes do juiz na condução do procedimento, haveria risco de que, operacionalizada a flexibilização, fosse perdido o controle do curso processual (da previsibilidade), principal fator para a preservação do modelo da rigidez formal.

Esse receio, contudo – não temos dúvida alguma em afirmar –, deveu-se a três fatores. Primeiro, ao *absoluto desconhecimento* dos críticos do alcance da regra da flexibilização procedimental (princípio da

adequação formal) – inclusive no âmbito do direito comparado (art. 265-A do CPC/Português) – e dos condicionamentos para sua aplicação (item 6.4 *supra*). Segundo, à *má compreensão do espírito do NCPC*, no sentido de extinguir modelos procedimentais (sumário e especial) exatamente porque estaria permitida a calibração do rito no caso concreto. E terceiro, à *precária redação dos dispositivos* que trataram do tema no texto do anteprojeto (NCPC/Comissão), os quais autorizaram a flexibilização mediante cláusulas *extremamente* abertas; que não condicionavam a adequação formal a requisitos mínimos que pudessem garantir a previsibilidade e a segurança das partes (item 6.4 *supra*); e que não acalentavam o espírito daqueles que – com certa razão diante do texto projetado – se rebelaram contra a inovação proposta.

Exatamente por conta desses fatores, e em busca de um consenso político necessário diante do curto tempo de tramitação do anteprojeto e dos pouquíssimos debates que se fizeram à luz do texto da comissão de juristas, que o Senador Valter Pereira, no relatório do substitutivo ofertado pelo Senado (NCPC/Senado), vaticinou: “os dois pontos do projeto mais criticados nas audiências públicas que se realizaram, bem como nas propostas apresentadas pelos Senadores e também pelas diversas manifestações que nos chegaram, são a ‘flexibilização procedimental’ (art. 107, V, e art. 151, §1º, do projeto) e a possibilidade de alteração da causa de pedir e do pedido a qualquer tempo, de acordo com as regras do art. 314 do projeto. *Dando voz à ampla discussão instaurada por aqueles dispositivos, entendemos ser o caso de mitigar as novas regras. Assim, no substitutivo, a flexibilização procedimental, nas condições que especifica, limita-se a duas hipóteses: o aumento de prazos e a inversão da produção dos meios de prova*”.

Conseqüentemente, a regra da *flexibilização procedimental* foi mitigada no NCPC/Senado, passando o novo e doravante único dispositivo tratante do tema a admitir



apenas duas hipóteses de adaptação – ampliação de prazos e alteração da ordem de produção provas –, esta última, inclusive, sem sentido algum de constar do dispositivo, já que a autorização já está em outro dispositivo do projeto (art. 346 NCPC/Senado).

Eis a redação atual do dispositivo: Art. 118 NCPC/Senado. “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: V – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico”.

### *7. Conclusão e votos de restabelecimento pleno da flexibilização procedimental no NCPC, com proposta de adequada redação do dispositivo*

Diante de todo o exposto, a conclusão esperada não podia ser outra senão a de que o saldo do NCPC, seja do anteprojeto da Comissão (NCPC/Comissão), seja do substitutivo do Senado (NCPC/Senado), é amplamente positivo, principalmente pelo pouco tempo de tramitação e debate do texto proposto. Muitos avanços e aperfeiçoamentos para pouquíssimos retrocessos (*v.g.*, a regra da ordem cronológica de julgamento dos processos do art. 12 NCPC/Senado).

A única ressalva que se faz, embora se compreenda a intenção do Senador Valter Pereira em buscar consenso político em torno do projeto – evitando manter no texto as propostas mais polêmicas da comissão de juristas –, é a mitigação da regra da flexibilização procedimental no NCPC/Senado.

Com efeito, a *flexibilização do procedimento* – conforme exposto (item 6.3 *supra*) – é regra conforme as garantias constitucionais do processo, sendo inovação elogiável e bastante razoável do ponto de vista da dogmática e da práxis processual. Deveria vigor em plenitude no Brasil, conforme, aliás, ocorre nos sistemas processuais mais modernos (Alemanha e Portugal).

O caso seria, então, de se aplaudir a comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto, se não fosse o fato de a redação original do dispositivo não ser adequada. Isso levou – conforme já afirmamos (item 6.5. *supra*) – à absoluta resistência de setores conservadores e desconhecedores dos propósitos da flexibilização, que pressionaram o Senado a rever a regra flexibilizadora.

A flexibilização procedimental poderia ser mantida em toda sua plenitude no NCPC, desde que a redação do dispositivo legal que a contemplasse contivesse melhores regras sobre seu uso (correção essa, *maxima venia*, que poderia perfeitamente ter sido implementada pelo substitutivo do Senado).

Primeiro, a regra tem que estabelecer as condicionantes da flexibilização (medida de exceção, finalidade, contraditório e motivação), até para que haja limites ao arbítrio judicial no campo do procedimento.

E segundo, a decisão judicial que ordena a flexibilização tem que ser recorrível – acrescentando-se, portanto, mais uma hipótese de agravo de instrumento no rol de interlocutórias recorríveis (art. 969, X, do NCPC/Senado) –, até para que efetivamente sejam observadas as condicionantes do item anterior.

Com essas correções, cremos que seria possível afastar o receio da comunidade jurídica quanto à regra da flexibilização, inclusive com a possibilidade de ser conquistado maior apoio à proposta.

Diante dessas premissas, *de lege ferenda*, propõe-se, então, a seguinte redação ao dispositivo contemplador da flexibilização procedimental no Brasil, dando-se por prejudicado o disposto no art. 118, V, do NCPC/Senado:

Art. 118-A NCPC. Em caráter excepcional e mediante motivação idônea, quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades objetivas e subjetivas da causa, deve o juiz, preservado o

contraditório, determinar a prática de atos da forma que melhor se ajustem ao fim do processo, procedendo às necessárias adaptações mediante prévia orientação das partes e interessados. Parágrafo único. Da decisão proferida com base neste artigo caberá agravo de instrumento.

Oxalá nos debates que seguirão na Câmara dos Deputados seja restabelecida, com uma melhor redação, a proposta da comissão de juristas, adotando-se no Brasil o padrão da flexibilização judicial do procedimento.

### Referências

- ARAGÃO, Egas Moniz de. Reforma processual: 10 anos. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*. Curitiba, n. 33, p. 201-215, dez. 2004.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*, 2005. Tese (Titular de Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Tradução de Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 1.
- DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- DUARTE, Zulmar. *Novo CPC e a sobrevivência da exceção de incompetência relativa*. Blog Jurídico. Abr. 2011. Disponível em: <<http://zulmarduarte.blogspot.com/2011/03/novo-cpc-e-sobrevivencia-da-excecao-de.html>>. Acesso em: 05 abr 2011.
- FAIRÉN GUILLÉN, Victor. *El juicio ordinario e los plenarios rápidos*. Barcelona: Bosch, 1953.
- FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 35-36.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Técnicas de aceleração do processo*. Franca: Lemos e Cruz, 2003.
- \_\_\_\_\_; ROMANO, Michel Betenjane; LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. O gerenciamento do processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA, Caetano (Coord.). *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2008.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. 1.
- MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos cautelares e especiais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MENDES, Francisco Ramoz. *Derecho procesal civil*. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1986.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil (1939)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. t. 1.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 3.
- \_\_\_\_\_. Teoria geral dos procedimentos especiais. In: FARIAS, Cristiano Chaves de e DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). *Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003.



# A introdução da audiência *initio litis* – de conciliação ou mediação – no Código de Processo Civil

Flávia Pereira Ribeiro

## Sumário

1. Introdução. 2. Evolução histórica do uso da conciliação e mediação no Brasil. 3. Procedimento. 4. Críticas. 5. Conclusão.

### 1. Introdução

O cidadão sempre poderá recorrer ao Poder Judiciário quando houver litígio, conflito de interesses ou ameaça ou lesão de seus direitos. Caberá ao Judiciário solucioná-lo e pacificar a sociedade.

No entanto, nos últimos tempos, em razão dos inúmeros problemas verificados por falhas estruturais do sistema, como a falta de aparelhamento adequado do Judiciário, excesso de demandas e, até mesmo, a má atuação do juiz na aplicação do direito, a efetividade da prestação jurisdicional tem sido questionada. Do ponto de vista social, a justiça tardia é tão prejudicial quanto a ausência de justiça, vez que haverá perpetuação do conflito por tempo prolongado (e indeterminado), gerando indesejada instabilidade e insegurança na sociedade.

Além disso, verifica-se, cada vez mais, a necessidade dos jurisdicionados em resolver seus problemas de maneira distinta dos moldes tradicionais contidos no processo civil. Há certos casos em que não haverá sentença ideal e suficiente para apaziguar seres humanos (alma e coração) em conflito.

Flávia Pereira Ribeiro é Advogada autônoma na Capital de São Paulo; Especialista, mestre e doutoranda em Processo Civil pela PUC/SP.

Os exemplos sempre são elucidadores. No caso narrado pelo professor inglês Neil Andrews (2010, p. 244), verifica-se que nenhuma sentença seria tão frutuosa e profícua para as partes envolvidas quanto o resultado obtido por meio de acordo:

“Um exemplo da flexibilidade da mediação se relaciona com uma ação de um grupo movida pelos pais dos filhos falecidos contra um fundo de um hospital infantil (Alder Hey Hospital, Liverpool). O hospital havia removido órgãos das crianças falecidas sem a permissão dos pais. A ação durou algum tempo. O Juiz (Senior Master Robert Turner), então, recomendou, de forma bem sucedida, a mediação por alguém que não tivesse a ver com o ocorrido. Um acordo foi firmado, com cinco itens: um montante muito modesto de indenização; a garantia de que o hospital se empenharia na pesquisa em questão; a incumbência de o Governo fornecer orientações melhores para hospitais; a construção de um memorial para as crianças; um pedido de desculpas público, feito pelos médicos envolvidos.”

Daí a tendência de se buscar novos ou alternativos modos de solucionar as causas; de incentivar a solução de determinados tipos de questões fora dos tribunais; de humanizar as relações em conflito, principalmente aquelas de particular importância social. Esse movimento, no mundo globalizado, passou a ser chamado de ADR – “Alternative Dispute Resolution”.

No cenário internacional, a adoção de meios alternativos de resolução de conflitos é uma realidade consolidada. Esse movimento apresenta uma trajetória de mais de duas décadas nos Estados Unidos; é milenar na China e no Japão; há muito se desenvolve na França, Inglaterra, Noruega, Suécia, Nova Zelândia, Canadá, Itália, Alemanha, Espanha, Austrália e em comunidades africanas, sobressaindo-se a África do Sul; na América Central e do

Sul, a maioria dos países já implementou alguma modalidade alternativa de resolução de litígio.

O Brasil ainda é principiante e imaturo no que diz respeito ao assunto, sendo até então muito singelas as práticas desenvolvidas para a cultura da pacificação. O Professor Kazuo Watanabe (2007, p. 6-10) há muito apregoa a necessidade da evolução da “cultura da sentença” para a “cultura da pacificação”, sugerindo como necessárias providências sócio-educativas, a começar pelos bancos acadêmicos – os advogados são formados para litigar e não para conciliar e vêm mais vantagem econômica em ações judiciais do que em medidas conciliatórias. Além disso, seria de suma importância a conjunção de esforços para a mudança de mentalidade do brasileiro!

Nesse cenário, parece fundamental que haja um efetivo estímulo às medidas alternativas de solução de litígio no Brasil, o que foi adequadamente tratado pela Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal para a elaboração do novo Código de Processo Civil, por meio do Projeto de Lei nº 166/2010, já devidamente alterado pelo Relatório-Geral (Substitutivo) do Senador Valter Pereira. Tal Emenda recebeu o nº 221/2010, foi aprovada por aquela Casa em 15.12.2010 e agora está em trâmite na Câmara dos Deputados.

## *2. Evolução histórica do uso da conciliação e mediação no Brasil*

Vale um apanhado histórico da evolução do assunto – adoção das medidas alternativas de solução de conflito – em âmbito nacional, para que se possa melhor compreender a redação sugerida pelo Projeto de Lei do Senado Federal, bem como os comentários, tanto positivos como negativos, realizados ao longo deste artigo.

Sobre a conciliação, foi o Código de Processo Civil de 1973 que pela primeira vez trouxe ao Brasil uma proposta concreta, dispondo, nos artigos 447 e 448, que,

nos litígios que versassem sobre direitos patrimoniais privados, o juiz, de ofício, deveria determinar o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento para tentativa de acordo.

Na primeira grande reforma do Código de Processo Civil de 1973, vinte anos depois, verificou-se relevante alteração do “momento” da tentativa de conciliação, trazendo-a (também) para a audiência preliminar. A Lei 8.952/1994 colocou à disposição do dirigente do processo várias oportunidades para a tentativa de conciliação: modificou a redação do art. 331 para criar uma audiência específica, além de autorizar a conciliação a qualquer tempo, nos termos do artigo 125, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Por força da alteração trazida pela Lei 10.444/2002, menos de 8 anos depois, constatou-se certo retrocesso no que tange à conciliação. Com a nova redação do artigo 331, em que antes o Código “determinava” que o juiz designasse audiência de conciliação, a partir de então, com o acréscimo do parágrafo 3º ao artigo, simplesmente “facultou” a designação de tal audiência.

Ao pensar na necessidade de se fixar novos parâmetros para o aprimoramento das soluções alternativas de litígio, vale registrar a opinião do Ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça Castro Filho (2008, p. 320-321). Ele diz que é imprescindível a ampliação do uso da conciliação, mas que para isso não se faz necessário novas leis, e, sim, apenas um pouco de boa vontade do juiz, já que a lei dá ao coordenador do processo o poder para tentar conciliar as partes a qualquer tempo. Para ele, ademais, nada impede que essa tentativa de composição se dê logo no início, até antes mesmo da abertura do prazo para resposta:

“Lamentavelmente, tem passado despercebido à maioria dos magistrados que dela poderiam lançar mão para a tentativa de conciliação *“initio litis”*. Assim, penso que, em vez de censura, mereceria encômios o juiz que, ao

mandar citar o réu para a demanda, fizesse consignar no mandado que deveria ele comparecer à sede do juízo em dia e hora predeterminados, em prazo, por exemplo, não superior a dez dias, para a tentativa de conciliação. No mesmo mandado, consignar-se-ia que, não conseguida a conciliação, por qualquer motivo, inclusive pelo não-comparecimento das partes, abrir-se-ia, a partir de então, o prazo para oferecimento de resposta, em quinze dias, a contar da data preconizada para o ato, a ser realizado pelo próprio juiz ou por conciliador.”

Sobre a mediação no Brasil, em 10.11.1998 foi apresentado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4.827/1998<sup>1</sup> de autoria da Deputada Zulaiê Cobra (PSDB/SP). Referido projeto tinha o escopo de institucionalizar e disciplinar a mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos.

Após aprovação na Casa original, o referido Projeto foi enviado ao Senado Federal e sofreu fusão com o Projeto de Lei de uma comissão específica criada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), coordenada pela Professora Ada Pellegrini Grinover. A Emenda apresentada pelo Senado foi aprovada em 11.07.2006, sendo reenviada para a Câmara dos Deputados. Na Câmara, o relator Deputado José Eduardo Martins Cardoso (PT/SP) apresentou Parecer e Relatório, opinando favoravelmente pela aprovação do Projeto, diante da sensível melhora ofertada pelo Senado Federal<sup>2</sup>. Tal Projeto aguardava a sua aprovação final desde então, mas foi devolvido “sem manifestação” à Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania no dia 16.12.2010 – um dia após a aprovação pelo Senado Federal do Projeto de Lei para o novo Código de Processo Civil<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> COBRA (1998).

<sup>2</sup> PINHO (2008).

<sup>3</sup> BRASIL (1998).



A versão final do referido Projeto – EMS nº 4.827/1.998 – tem relevância histórica por apresentar pela primeira vez no Brasil conceitos relativos à mediação e características e requisitos da atividade do mediador. A Emenda do Senado classificou a mediação em i) judicial ou ii) extrajudicial e iii) prévia ou iv) incidental, determinando, em seu artigo 34, que a mediação incidental ao processo fosse *obrigatória*, fixando o procedimento nos artigos seguintes. A *grosso modo*, logo após a distribuição da petição inicial, o mediador receberia uma cópia do processo judicial e intimaria as partes para comparecimento em dia, hora e local designados por ele, quando então seria realizada a mediação.

Como se vê, há muito já se fala em audiência prévia de pacificação das partes, seja por conciliação, seja por mediação. No entanto, como não se pode contar com a boa vontade do juiz, nunca foram adotadas medidas socioeducativas nos bancos acadêmicos; o Projeto de Lei da Mediação ficou estagnado anos nas Casas Legislativas; os Tribunais estaduais não contam com verba para a implementação dos meios alternativos de solução de disputa<sup>4</sup>; entre outras questões de ordem prática, a Comissão de Juristas do Senado Federal entendeu ser oportuna a fixação de disciplina a respeito e assim fez constar da Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 166/2010:

“Como regra, deve realizar-se audiência em que, ainda antes de ser apresentada contestação, se tentará fazer com que autor e réu cheguem a acordo. Dessa audiência, poderão

<sup>4</sup> Em 9.8.2005, através do Provimento nº 953/2005, o Conselho Superior de Magistratura de São Paulo autorizou e disciplinou a criação, instalação e funcionamento do “Setor de Conciliação” nas Comarcas e Foros do Estado para as questões cíveis que versarem sobre direitos patrimoniais disponíveis, questões de família e da infância e juventude. No entanto, a falta de verba – o artigo 11º do referido Provimento informa expressamente que o Setor de Conciliação funcionará sem custos para o Tribunal de Justiça – é uma das razões pela qual são baixíssimos os índices de acordos realizados, conforme estatísticas do Fórum João Mendes.

participar conciliador e mediador e o réu deve comparecer, sob pena de se qualificar sua ausência injustificada como ato atentatório à dignidade da justiça. Não se chegando a acordo, terá início o prazo para a contestação.”

Nessa seara, o Projeto do Senado Federal, após relevante alteração de texto realizada pela comissão técnica designada para elaborar o relatório-geral do Senador Valter Pereira, estabeleceu a *obrigatoriedade* da audiência de conciliação ou mediação *initio litis*.

### 3. Procedimento

Nos termos do Projeto, o juiz – se não for o caso de indeferimento da petição inicial ou improcedência liminar do pedido – designará audiência de conciliação ou mediação, em pauta diferente e prioritária em relação às de audiência de instrução e julgamento, com antecedência mínima de trinta dias da data da intimação do réu. Nas comarcas em que houver conciliadores ou mediadores cadastrados, serão eles os responsáveis pela audiência com vistas à composição das partes.

Do mandado de citação, se for o caso, constará a intimação do réu e de seu advogado para comparecimento à audiência na data, horário e local designado, bem como a menção do prazo para contestação – 15 dias após a audiência, caso ela não seja frutífera, sob pena de revelia. Não havendo designação dessa audiência, o prazo de contestação será de quinze dias contados da i) juntada aos autos do aviso de recebimento da carta ou mandado de citação, ou ii) da intimação da decisão que dispensar essa audiência. A intimação do autor para comparecimento em audiência será feita na pessoa de seu advogado.

As partes têm liberdade para manifestar-se contrariamente à designação dessa audiência, justificando, por exemplo, anteriores tentativas de composição amigável. A parte contrária, então, será imediata-

mente intimada do cancelamento do ato conciliatório. No entanto, o injustificado não comparecimento de qualquer das partes e respectivos advogados é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento do valor da causa ou da vantagem econômica objetivada, revertida em favor da União ou do Estado.

Essa sanção explícita e específica foi acrescentada ao Projeto pela comissão técnica de apoio ao relatório-geral do Senador Valter Pereira, diante dos reclamos da sociedade, principalmente dos estudiosos do processo civil, de que a mera menção, conforme o Projeto original, de que o não comparecimento na audiência seria “passível de sanção processual” não inibiria ausências injustificadas.

Obtida a transação na audiência prévia, o acordo será reduzido a termo e homologado por sentença; caso contrário, abrir-se-á prazo de 15 dias para contestação e o processo seguirá normalmente.

#### 4. Críticas

A intenção do Projeto em fortalecer, estimular e até mesmo obrigar a utilização dos meios alternativos de resolução de conflito em audiência prévia é adequada aos parâmetros de direito comparado. No entanto, alguns comentários não podem deixar de ser feitos.

Acredita-se que, da forma como redigido o Projeto, a mediação e a conciliação foram colocadas em um mesmo balaió, sem a merecida distinção de cada um desses institutos. A função dos conciliadores e mediadores recebeu, *en passant*, certa especificação nos parágrafos 1º e 2º do artigo 145 do Projeto, mas nos demais artigos<sup>5</sup> esses

<sup>5</sup> Seção V – Dos conciliadores e dos mediadores judiciais. Art. 144. Cada tribunal pode criar setor de conciliação e mediação ou programas destinados a estimular a autocomposição. § 1º A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da neutralidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade e da informalidade.

intermediadores são tratados de modo idêntico, com as mesmas responsabilidades, obrigações, mesma forma de registro, capacitação, certificado, entre outros.

É possível dizer que, apesar de a conciliação e mediação apresentarem semelhanças, existem inúmeros pontos para identificá-las como alternativas de solução de litígios diferentes. O Projeto de Lei do Senado Federal nº 166/2010 oferece os dois institutos para o mesmo fim – realização de acordo –, sem fixar qual tarefa está sendo proposta, tendo em vista a eficiência do trabalho a ser desenvolvido pelo profissional (AGUIAR, 2009, p. 66). O Projeto de Lei nº 4.827/1998 da Câmara dos Deputados andava melhor ao tratar apenas do instituto da mediação como meio de resolução de conflitos, já que respeitava suas características.

A mediação é muito mais rica, relevante, ampla, assumindo uma missão socioeduca-

§ 2º A confidencialidade se estende a todas as informações produzidas ao longo do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes. § 3º Em virtude do dever de sigilo, inerente à sua função, o conciliador e o mediador e sua equipe não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação. Art. 145. A realização de conciliação ou mediação deverá ser estimulada por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. § 1º O conciliador poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. § 2º O mediador auxiliará as pessoas interessadas a compreenderem as questões e os interesses envolvidos no conflito e posteriormente identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo. Art. 146. O conciliador ou o mediador poderá ser escolhido pelas partes de comum acordo, observada a legislação pertinente. Parágrafo único. Não havendo acordo, haverá distribuição a conciliador ou a mediador entre aqueles inscritos no registro do tribunal, observada a respectiva formação. Art. 147. Os tribunais manterão um registro de conciliadores e mediadores, que conterá o cadastro atualizado de todos os habilitados por área profissional. § 1º Preenchendo os requisitos exigidos pelo tribunal, entre os quais, necessariamente, inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil e a capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada pelo tribunal, o conciliador ou o mediador, com o certificado respectivo, requererá inscrição no registro do tribunal.

tiva das partes em litígio; já a conciliação é restrita ao litígio em si. A capacitação de um mediador e de um conciliador não pode ser a mesma! Essa é a opinião da autora. Para tornar a discussão mais profunda, vale observar a doutrina.

Para Ada Pellegrini Grinover (2006, p. 34), a mediação assemelha-se à conciliação. As partes contam com a intermediação de um terceiro desinteressado para chegarem à pacificação de seu conflito, mas se distingue dela porque a conciliação

busca principalmente o acordo das partes, enquanto a mediação trabalha o conflito, surgindo o acordo como mera consequência. Para ela, trata-se mais de uma diferença de método do que de resultado.

No entanto, a maioria dos doutrinadores entende que a mediação e conciliação guardam distinções nítidas e que são dois paradigmas e duas práticas diversas (ALMEIDA, 2009, p. 94-100). A autora preparou uma tabela para tentar, didaticamente, deixar claro tal diferenciação:

	CONCILIAÇÃO	MEDIAÇÃO
1	Construção de propostas de acordo entre as partes	Desconstrução do conflito e restauração da convivência pacífica entre as pessoas
2	Atendimento das demandas pessoais	Busca de satisfação e benefícios mútuos
3	Repercussão da solução sobre si mesmo	Repercussão da solução sobre terceiros – filhos, empregados, comunidade, etc.
4	Coautoria de soluções construída pelas partes e conciliador – conciliador oferece sugestões e propostas	Autoria da solução pelas partes com mero auxílio do mediador – vedado ao mediador sugerir, opinar ou propor
5	Abordagem monodisciplinar	Abordagem multidisciplinar – questões sociais, emocionais, legais, financeiras, etc.
6	Foco no presente, na responsabilidade pelo evento e correção das consequências	Foco no futuro. Evitar que o evento passado volte a ser manejado
7	Pauta objetiva – matéria e substância	Pauta subjetiva – relação interpessoal
8	Publicidade	Confidencialidade
9	Parecer técnico pode ser dado pelo conciliador, caso seja apto	Parecer técnico pode ser buscado com especialistas
10	Advogados são defensores dos interesses dos seus clientes	Advogados são assessores legais e consultores dos seus clientes

§ 2º Efetivado o registro, caberá ao tribunal remeter ao diretor do foro da comarca ou da seção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que o nome deste passe a constar do rol da respectiva lista, para efeito de distribuição alternada e aleatória, obedecendo-se rigorosa igualdade. § 3º Do registro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de causas de que participou, o sucesso ou o insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como quaisquer outros dados que o tribunal julgar relevantes. § 4º Os dados colhidos na forma do § 3º serão classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e fins estatísticos, bem como para o fim de avaliação da conciliação, da mediação, dos conciliadores e dos mediadores. § 5º Os conciliadores e mediadores cadastrados na forma do *caput*, se inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, estão impedidos de exercer a advocacia nos limites da competência do respectivo tribunal e de integrar escritório de advocacia que o faça. Art. 148.

Será excluído do registro de conciliadores e mediadores aquele que: I – tiver sua exclusão motivadamente solicitada por qualquer órgão julgador do tribunal; II – agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade; III – violar os deveres de confidencialidade e neutralidade; IV – atuar em procedimento de mediação, apesar de impedido. § 1º Os casos previstos no *caput* serão apurados em regular processo administrativo. § 2º O juiz da causa, verificando atuação inadequada do conciliador ou do mediador, poderá afastá-lo motivadamente de suas atividades no processo, informando ao tribunal e à Ordem dos Advogados do Brasil, para instauração do respectivo processo administrativo. Art. 149. No caso de impedimento, o conciliador ou o mediador devolverá os autos ao juiz, que realizará nova distribuição; se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com o relatório do ocorrido e a solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador.

Em linhas gerais, a mediação difere da conciliação porque nesta o conciliador busca ativamente obter o acordo, ou seja, está focado na resolução do litígio, ao passo que, naquela, o objetivo é restaurar a comunicação entre as partes, a fim de que elas percebam por si mesmas qual é a melhor solução para ambas. Trata-se, portanto, de um procedimento que, ao mesmo tempo em que resolve o litígio, restaura o relacionamento entre as partes e as educa para a resolução autônoma de seus problemas. A mediação é especialmente recomendada para os conflitos que tenham uma relação continuada entre si, como vizinhos, condomínios, familiares, para citar alguns exemplos (SOUZA, 2009, p. 67-68).

Portanto, entende a autora que não andou bem o Senado Federal ao misturar os institutos da conciliação e da mediação na audiência *initio litis*. Se cada intermediador não estiver adequadamente preparado para a atividade que irá realizar, muito se perderá. Em algumas situações, pacificar a sociedade é mais que colocar fim a uma demanda. Se mantido vivo o litígio entre as partes, novos problemas surgirão, de forma que novas ações serão trazidas ao Judiciário.

E se assim o Projeto for aprovado, desde já se alerta que será de suma importância que o Juiz despache a petição inicial – evitando-se o despacho elaborado em cartório –, para que nesse momento possa ele realizar a triagem dos processos que serão encaminhados para um conciliador ou para um mediador, conforme seja a natureza do conflito em questão.

Outra crítica que se faz ao Projeto de Lei nº 166/2010, detalhe que passou completamente despercebido da Comissão de Juristas, bem como do Senador Valter Pereira, é relativa às custas e despesas processuais.

O artigo 38 do Projeto de Lei nº 4.827/1998 da Câmara dos Deputados estabelecia que a “antecipação das despesas do processo, a que alude o art. 19 do Código de Processo Civil, somente será devida

após a retomada do curso do processo, se a mediação não tiver resultado em acordo”. O não pagamento de custas é um incentivo para a realização de acordo na audiência inicial, ao passo que, se a autor já tiver antecipado elevadas custas judiciais, não perceberá, desde logo, o grande benefício da conciliação/mediação *initio litis*. Além disso, será necessário regramento específico que estabeleça despesas judiciais proporcionais à atividade jurisdicional realizada (ou isenção), para o caso de acordo na primeira audiência. Ainda que matéria relativa às custas iniciais seja de competência legislativa do Estado, o Projeto já poderia ter antevisto o norteamto legal sobre o assunto, a exemplo do antigo Projeto da Câmara dos Deputados.

Uma crítica que se fazia ao Projeto de Lei nº 166/2010 original, mas que foi modificado pelo Projeto Substitutivo, dizia respeito às pessoas que poderiam realizar a atividade de conciliação ou mediação.

No Estado de São Paulo, por força do Provimento nº 953/2005 do Conselho Superior de Magistratura de São Paulo, podem atuar como conciliadores voluntários e não remunerados os “magistrados, membros do Ministério Público e procuradores do Estado, todos aposentados, advogados, estagiários, psicólogos, assistentes sociais, outros profissionais selecionados, todos com experiência, reputação ilibada e vocação para a conciliação, previamente aferida pela Comissão de Juízes”.

Qual não foi a surpresa dos estudiosos de processo civil quando o Projeto de Lei nº 166/2010, em sua versão original, restringiu tal atividade aos advogados e estabeleceu verdadeira “reserva de mercado” na atuação da conciliação e da mediação<sup>6</sup>. Não

<sup>6</sup> Aliás, antevendo a possibilidade de captação de clientela, a Comissão originária fixou limitação temporal para o exercício da advocacia em relação àqueles atendidos no Setor de Conciliação pelo mediador ou conciliador, conforme artigo 141: O conciliador ou o mediador fica impedido, pelo prazo de um ano contado a partir do término do procedimento, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer dos litigantes.

se podia concordar com tal previsão, já que a função do intermediador em nada está relacionada com o exercício da advocacia. Tantas foram as críticas dos estudiosos que o Substitutivo apresentado e votado pelo Senado Federal excluiu o termo “inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil” como um dos requisitos exigidos para o desempenho das atividades.

Agora o Projeto prevê que profissionais de várias áreas de competência, com a capacitação mínima realizada por meio de cursos realizados por entidades credenciadas, podem exercer a atividade da conciliação e da mediação. Isso não impede que o advogado possa candidatar-se e capacitar-se para a função, mas, em assim optando, estará impedido de exercer a advocacia e de integrar escritório que o faça nos limites da competência do tribunal no qual esteja cadastrado como intermediador.

Ao ver dessa autora, essa foi uma das maiores colaborações ofertadas pelo Senador Valter Pereira e sua comissão técnica de apoio à elaboração do seu relatório-geral – Athos Gusmão Carneiro, Cássio Scarpinella Bueno, Dorival Renato Pavan e Luis Henrique Volpe Camargo.

### 5. Conclusão

Os modos tradicionais de resolução de conflito já não são suficientes para apaziguar as demandas surgidas no século 21, seja em razão da sua especificidade, seja em razão da falta de estrutura do Poder Judiciário para atender o elevado número de casos. Os meios alternativos de resolução de conflito, a exemplo da mediação e da conciliação, têm apresentado fecundos resultados quando aplicados.

Como tendência mundial, já era tempo de o Brasil adotar medidas alternativas de pacificação, razão pela qual a introdução, no Código de Processo Civil, da conciliação ou mediação obrigatória, em audiência *initio litis*, só pode ser recebida com aplausos. O Projeto de Lei do Senado Federal

nº 166/2010 estabeleceu os procedimentos necessários e já foi aprovado na Casa de origem, tramitando agora na Câmara dos Deputados.

Algumas críticas, no entanto, podem ser feitas ao texto que prevê a implementação da audiência obrigatória no processo civil. Em primeiro lugar, entende-se que não houve a devida diferenciação entre o instituto da conciliação e o da mediação. Ambos foram adotados como sendo a atividade a ser realizada para a obtenção de um acordo. No entanto, diversamente do conciliador, o mediador não propõe um acordo, não oferece solução para o conflito, não toma posição, mas simplesmente ajuda as partes a restaurar a comunicação que se romperá entre elas.

A autora entende que mediador e conciliador não podem receber o mesmo tratamento – como registro, capacitação, certificação, entre outros –, como se verifica dos artigos 144 e seguintes do Projeto de Lei do Senado. Além disso, se não houver uma prévia análise do juiz acerca da atividade pacificadora a ser desenvolvida em determinado processo, encaminhando-o ao competente intermediador, muitos dos benefícios da mediação poderão ser perdidos, com a consequência de o litígio vir a ser restabelecido.

Outra crítica que se faz diz respeito ao momento do pagamento das custas e despesas judiciais. O Projeto deveria ter previsto que o adiantamento das custas iniciais dar-se-ia após a retomada do curso do processo, caso não realizado acordo. Caso a audiência restasse frutífera, deveria haver previsão de pagamento proporcional ou até isenção, tendo em vista o estímulo às medidas alternativas de pacificação.

A última crítica que se faria ao Projeto original foi devidamente corrigida pelo Substitutivo. A atividade da conciliação e da mediação estava restrita aos advogados devidamente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, mas foi estendida a todos os profissionais, de várias áreas



de competência, desde que devidamente capacitados por entidades credenciadas.

### Referências

AGUIAR, Carla Zamith Boin. *Mediação e justiça restaurativa: a humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ALMEIDA, Tania. *Mediação e conciliação: dois paradigmas, duas práticas diversas*. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Mediação de conflitos: novos paradigmas de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 94-100.

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflito na Inglaterra*. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. Congresso. Senado. *EMS 4827/1998 = PL 4827/1998*: Substitutivo do Senado ao Projeto de Lei da Câmara nº 94, de 2002, que "Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos". Substituiu-se o Projeto pelo seguinte: "Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos na esfera civil, e dá outras providências". Brasília: Câmara dos Deputados, 1998. Disponível

em: [http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=330610](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=330610). Acesso em: 14 mar. 2011.

CASTRO FILHO. Poderes conciliatórios do juiz. In: MEDINA, José Miguel Garcia Medina et al. (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COBRA, Zulaiê. *PL 4827/1998: Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1998. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=21158](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=21158). Acesso em: 14 mar. 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação, acesso à Justiça e desenvolvimento institucional*. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Mediação de conflitos: novos paradigmas de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflito. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGASTRA NETO, Caetano. *Mediação e gerenciamento de processo: revolução na prestação jurisdicional*. Coord. Grinover, Watanabe, Lagastra, et al. São Paulo: Atlas, 2007.





# El incidente de resolución de demandas repetitivas en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil Brasileño\*

Francisco Verbic

## I. Introducción

Una vez más, Brasil se adelanta en la región y avanza en el campo del proceso civil. En esta oportunidad, lo hace con una comprensiva y profunda reforma, la cual lleva por objetivo declarado procurar un nuevo Código que “*privilegie la simplicidad en el lenguaje y en la acción procesal, la celeridad del proceso y la efectividad del resultado de la acción*”.<sup>1</sup>

De acuerdo con la Exposición de Motivos que acompaña la iniciativa aprobada por el Senado a mediados del mes de Diciembre de 2010 (en adelante “el Proyecto”), una de las principales directrices políticas que subyacen la reforma es consolidar el principio de seguridad jurídica.<sup>2</sup> Para ello, el Proyecto introduce nuevos institutos y reformula otros existentes con la idea de “*evi-*

Francisco Verbic é Abogado (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina). Especialista en Derecho Procesal Profundizado (Universidad Notarial Argentina). Especialista en Derecho Civil (Universidad Nacional de La Plata). Candidato a Magister en *International Legal Studies* (New York University School of Law). Miembro del Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata, de la Asociación Argentina de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal.

\* Sem revisão do editor.

<sup>1</sup> Ver la carta de José Sarney (*Presidente del Senado Federal*) “*Um Novo Código do Processo Civil*”, acompañando el Anteproyecto que luego fuera aprobado por el Senado Federal a mediados del mes de Diciembre de 2010. Ver <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/senado-aprova-novo-codigo-de-processo-civil>. El anteproyecto está disponible en <http://asadip.files.wordpress.com/2010/09/anteprojetol.pdf> (última visita, 11 de Abril de 2011).

<sup>2</sup> Dicho principio es considerado como “*obviamente de índole constitucional en la medida que descansa en las premisas del Estado Democrático de Derecho y busca proteger y preservar las justas expectativas de las personas*”. Ver Exposición de Motivos, p. 19, disponible en <http://asadip.files.wordpress.com/2010/09/anteprojetol.pdf> (última visita, 11 de Abril de 2011).

tar la dispersión excesiva de la jurisprudencia”.<sup>3</sup> Entre los distintos mecanismos pensados para lograr esta última finalidad, a su turno, se cuenta la creación de un *incidente de resolución de demandas repetitivas* (inspirado en el modelo de *test case* alemán, en adelante “el Incidente”).<sup>4</sup> De este modo, el Proyecto aspira a proveer a los operadores jurídicos brasileños de un nuevo instrumento para enfrentar conflictos colectivos, el cual se suma al mecanismo de acciones representativas regulado por el juego conjunto de la Ley de Acción Civil Pública y el Código de Defensa del Consumidor.<sup>5</sup>

El presente trabajo se propone analizar las reglas generales que gobiernan este nuevo dispositivo y compararlo (aunque más no sea de un modo superficial) con un mecanismo equivalente establecido en los Estados Unidos de América para enfrentar el problema que se presenta al sistema de justicia cuando debe resolver una multiplicidad de procesos similares: la consolidación o coordinación de la etapa de *pretrial* mediante el uso del mecanismo de *multidistrict-litigation* (en adelante “MDL”).<sup>6</sup>

<sup>3</sup> El art. 847 que da inicio a las disposiciones generales establecidas en el Libro IV expresamente se refiere a esta finalidad al prescribir que “Los tribunales velarán por la uniformidad y por la estabilidad de la jurisprudencia, observando lo siguiente...”.

<sup>4</sup> Ver Exposición de Motivos, pp. 20-21, disponible en <http://asadip.files.wordpress.com/2010/09/anteprojet01.pdf> (última visita, 11 de Abril de 2011). Sobre el sistema Alemán puede consultarse Antonio do Passo Cabral “O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas”, RePro N° 147 (2007), Editorial Revista dos Tribunais, Sao Paulo; también Juan Agustín Silva “El tratamiento de las acciones repetitivas como manifestación del principio de economía procesal”, ponencia presentada al XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal a celebrarse del 8 al 10 de Junio de 2011 en la ciudad de Santa Fe, Argentina, disponible en <http://www.procesalsanta-fe2011.com/wp-content/uploads/2011/03/SILVA-Juan-Agustin.pdf> (última visita, 14 de Abril de 2011).

<sup>5</sup> Ley de Acción Civil Pública, Lei N° 7347, de 24 de Julho de 1985; Código de Defensa del Consumidor, Lei N° 8078, de 11 de Setembro de 1990.

<sup>6</sup> Vale destacar que la herramienta de casos testigos no es ajena a la práctica de los Estados Unidos de América, donde también se la denomina *bellwether trials* (en alusión a la oveja líder del rebaño que carga

El estudio del tema está dividido en 7 partes. En la parte II presentaré algunos conceptos generales y pondré de resalto las primeras diferencias que pueden advertirse entre el Incidente y MDL. En la parte III me ocuparé de analizar quienes se encuentran habilitados para promover ambos mecanismos, quién es la institución responsable de tomar la decisión sobre la conveniencia y oportunidad de utilizarlos, y cuáles son los factores que deben evaluarse a la hora de resolver al respecto.

una campana para que las otras la sigan). La diferencia entre este dispositivo y el Incidente es que aquél no se encuentra expresamente regulado. Se lo considera un instrumento de *case management* (conf. Alison Freeman “A Federal Cause of Action Under Superfund: Case Management Considerations”, 3 Yale L. Pol’y Rev. 263, 266) que busca evitar la imposible tarea de juzgar cientos o miles de casos en un solo proceso. Es interesante ver cómo esta herramienta se ha utilizado incluso dentro del contexto de MDL, principalmente como forma de transmitir a las partes algún nivel de certeza sobre el valor de las pretensiones en disputa, para de ese modo facilitar el acercamiento a los fines de lograr un acuerdo (el caso “Vioxx” es uno de los ejemplos más relevantes de la utilización exitosa de esta técnica; ver al respecto Eldon E. Fallon y otros “Bellwether Trials in Multidistrict Litigation”, 82 Tul. L. Rev. 2323 (2008) (el autor del trabajo es el juez que presidió el tribunal donde se terminó de resolver el conflicto por medio de un acuerdo). Algo similar sucede en Inglaterra y Gales, ver al respecto Neil Gagan y Lucy Thompson “Corporate Responsibility and Group Redress Mechanisms”, 10 No. 1 Bus. L. Int’l 51 (explicando que a pesar de existir ciertas regulaciones específicas para litigar conflictos colectivos, los jueces tienden a canalizar las discusiones utilizando una herramienta “más informal”: mediante la utilización de sus poderes de administración del litigio -*case management*, buscan similares resultados por medio de “un caso testigo y todos los demás suspendidos mientras aquél se resuelve”). Ver también en este sentido el trabajo dirigido por John Sorabji, Michael Napier y Robert Musgrove (editores) “Improving Access to Justice through Collective Actions’. Developing a More Efficient and Effective Procedure for Collective Actions. A Series of Recommendations to the Lord Chancellor”, Civil Justice Council, July 2008, pp. 18-19, disponible en [http://www.civiljusticecouncil.gov.uk/files/Improving\\_Access\\_to\\_Justice\\_through\\_Collective\\_Actions.pdf](http://www.civiljusticecouncil.gov.uk/files/Improving_Access_to_Justice_through_Collective_Actions.pdf) (argumentando que el uso de test cases configura “la manera más simple en la cual la corte puede manejar eficientemente una multiplicidad de pretensiones individuales” y explicando que Inglaterra no cuenta con una regulación especial en la materia como sí la tienen Alemania, el modelo considerado para la reforma brasileña, y Austria) (última visita 11 de Abril de 2011).

La parte IV analizará las previsiones relativas a cómo se escoge el tribunal que debe asumir responsabilidad primaria sobre el asunto (esto es, aquél que resuelve el Incidente y aquél que recibirá todos los casos transferidos en el marco de MDL). En la Parte V revisaré los efectos que siguen de la admisión de ambos procedimientos, así como también cuáles son las vías que se encuentran habilitadas para impugnar tal decisión. La parte VI está dedicada a las consecuencias resultantes de la adjudicación de la cuestión de derecho debatida, en el caso del Incidente, o bien de la finalización de la etapa de *pretrial*, en el supuesto de MDL. Por último, en la Parte VII realizaré algunos comentarios finales sobre este particular modo que propone el Proyecto para facilitar la resolución de cierto tipo específico de conflictos colectivos.

A mi juicio, la iniciativa debe ser ampliamente bienvenida por al menos dos razones. Primero, porque avanza enormemente con respecto a las previsiones actualmente vigentes en la materia y establece un mecanismo que -sin lugar a dudas- concurrirá a lograr el objetivo de evitar la dispersión de jurisprudencia (y de ese modo, a afianzar la seguridad jurídica como buscan sus autores). Segundo, porque busca introducir un novedoso mecanismo de administración de casos (*case management*) que puede brindar también enormes beneficios en términos de economía procesal.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Ver en este sentido Arruda Alvim "Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil", disponible en <http://www.arrudaalvim.com.br/Site/visualizar-artigo.php?artigo=2&data=14/03/2011&titulo=notas-sobre-o-projeto-de-novo-codigo-de-processo-civil> (explicando que "lo que hizo el proyecto fue establecer, para las demandas repetitivas, una disciplina análoga a aquella referente a los procedimientos de repercusión general de los recursos extraordinarios y de los juzgamientos de 'recursos repetitivos' en el Superior Tribunal de Justicia. De este modo se solucionan al mismo tiempo las cuestiones relacionadas con el congestionamiento del poder judicial y la uniformidad de la jurisprudencia"). En igual sentido con respecto a MDL, ver Thomas D. Rowe y Kenneth D. Sibley "Beyond Diversity: Federal Multiparty, Multiforum Jurisdiction", 135 U. PA. L. Rev. 7, 15 (1986) (señalando que además del ahorro de recursos este

## II. Alcance de ambos mecanismos, objetivos perseguidos y oportunidad procesal para su utilización

El Incidente se encuentra regulado por los arts. 895 y siguientes del Proyecto. Dicho art. 895 establece que este trámite especial resulta admisible cuando se identifica una controversia con potencial de generar una "relevante multiplicación de procesos fundados en idéntica cuestión de derecho, y de causar grave inseguridad jurídica debido al riesgo que se dicten sentencias contradictorias".<sup>8</sup>

En palabras de los impulsores del Proyecto, el Incidente busca servir de vehículo para identificar aquellos procesos que contengan la misma cuestión de derecho en discusión, y resolverlos en forma conjunta mediante la aplicación de la doctrina legal fijada en el marco del mismo.<sup>9</sup>

Cabe destacar que, como fuera adelantado, el régimen establecido en el Proyecto para el manejo de este tipo de controversias reiterativas es ampliamente superior de la única provisión que puede encontrarse actualmente en vigencia sobre este tipo de herramienta de gestión en el contexto de los tribunales inferiores. Esto es, el Art. 285-A, incorporado al Código Procesal Brasileño por medio de la Ley N° 11.277 de 2006 y que en su parte pertinente autoriza al tribunal a rechazar la pretensión cuando la materia controvertida fuera únicamente de derecho

mecanismo reduce también el problema de sentencias inconsistentes, entre otros).

<sup>8</sup> "Art. 895. É admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idéntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes."

<sup>9</sup> Ver Exposición de Motivos, pp. 20-21, disponible en <http://asadip.files.wordpress.com/2010/09/anteprojeto1.pdf> (última visita, 11 de Abril de 2011). Desde algunos espacios se ha comunicado que si esta reforma es aprobada, la duración de los procesos masivos se reduciría estimativamente en un 70% (ver [http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/REFORMA+DO+CPC+PREVE+DIMINUICAO+DE+ACOS+REPETITIVAS+E+LIMITA+USO+DE+RECURSOS+\\_69237.shtml](http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/REFORMA+DO+CPC+PREVE+DIMINUICAO+DE+ACOS+REPETITIVAS+E+LIMITA+USO+DE+RECURSOS+_69237.shtml)) (última visita, 14 de abril de 2011).

y ya se hubiera pronunciado “sentencia de total improcedencia en otros casos idénticos”.<sup>10</sup>

Presentadas estas primeras nociones sobre los alcances del Incidente, cabe ahora introducir el instituto de MDL que utilizaré como referencia a los fines comparativos. Se trata de un mecanismo procesal regulado en los Estados Unidos de América desde el año 1968.<sup>11</sup> Como explica Klonoff, esta herramienta habilita la transferencia hacia cualquier distrito federal de todas aquellas acciones civiles “que involucran una o más cuestiones comunes de hecho y se encuentran pendientes de resolución en diferentes distritos federales”.<sup>12</sup> De este modo, las causas son reunidas en un sólo distrito para desarrollar allí, en forma coordinada o consolidada, la etapa de *pretrial* de todas ellas.

El objetivo principal al cual se orienta este instituto es alcanzar la mayor eficiencia posible en la administración de los procedimientos que deben desarrollarse en la etapa de *pretrial* exclusivamente.<sup>13</sup> Desde

---

<sup>10</sup> “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.” Para una fuerte crítica de esta disposición, ver Antonio Carlos Marcato “Considerações sobre o julgamento de causas repetitivas”, disponible en [http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art\\_id=&categoria=Processual Civil](http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=&categoria=Processual Civil) (última entrada, 14 de abril de 2011).

<sup>11</sup> Ver Gregory Hansel “*Extreme Litigation*”, 19 Me. B. J. 16, 18 (2004) (manteniendo una entrevista con el Presidente del MDL Panel donde, entre otras cosas, discute las razones por las cuales fue creado el Panel).

<sup>12</sup> 28 U.S.C. § 1407. Robert H. Klonoff “*Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell*”, West Group, St. Paul, Minn., 1999, p. 335.

<sup>13</sup> En este sentido, el mecanismo de MDL debe ser distinguido de la transferencia de casos bajo otra provisión que, vale aclarar, puede jugar coordinadamente con aquél. Me refiero al estatuto previsto en 28 U.S.C. § 1404, el cual habilita la transferencia de casos entre cortes federales con fundamento en la conveniencia que ello pueda implicar para las partes y los testigos involucrados en el caso, así como también en el interés de la justicia en general. Este instituto difiere de MDL al menos en tres aspectos relevantes. Primero, quien resuelve si ordena o no la transferencia es el tribunal con competencia en el caso (no el MDL Panel). Segundo, este tipo de transferencia de casos no implica

que se aprobó el estatuto que habilita y regula la herramienta los casos transferidos para consolidar o realizar procedimientos coordinados entre distintas cortes federales se cuentan por miles.<sup>14</sup> Estos casos incluyen conflictos accionarios, daños masivos, conflictos laborales, de patentes y también de responsabilidad por daños ocasionados por productos elaborados, entre otros.<sup>15</sup>

Como puede advertirse, una de las grandes diferencias entre ambos institutos está representada por el tipo de cuestiones que deben resolver. Mientras el Incidente apunta a obtener una resolución del tribunal de la causa respecto de una *cuestión jurídica* incluida como sustento de la pretensión en numerosos procesos individuales similares; MDL se orienta a resolver, mediante coordinación o consolidación de todas las causas en un mismo distrito, cuestiones de *hecho* comunes en procesos individuales del mismo género.

Respecto a la oportunidad procesal en la cual puede acudir a estos dispositivos, el Proyecto no contiene previsiones con relación al Incidente y tampoco parece haber

---

necesariamente la existencia de situaciones con sujetos múltiples (28 U.S.C. § 1404 puede ser utilizado para transferir un solo caso de un juzgado hacia otro). Tercero, la transferencia bajo 28 U.S.C. § 1404 inviste a la corte que recibe el expediente con competencia suficiente para resolver el mérito del asunto (no simplemente las cuestiones que pudieran surgir en el curso de la etapa de *pretrial*). Ver Robert H. Klonoff “*Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell*”, West Group, St. Paul, Minn., 1999, pp. 335, 338-341.

<sup>14</sup> Robert H. Klonoff “*Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell*”, West Group, St. Paul, Minn., 1999, p. 335. Desde su implementación en el mes de Septiembre de 1968 y hasta el mes de Septiembre de 2010, MDL fue utilizado para transferir 223.085 causas, 71.266 de las cuales se encontraban pendientes a esa fecha (estadísticas disponibles en [http://www.jpml.uscourts.gov/Statistics/JPML\\_Statistical\\_Analysis\\_of\\_Multidistrict\\_Litigation\\_2010.pdf](http://www.jpml.uscourts.gov/Statistics/JPML_Statistical_Analysis_of_Multidistrict_Litigation_2010.pdf)).

<sup>15</sup> Jack B. Weinstein “*Individual Justice in Mass Tort Litigation*”, Northwestern University Press, 1995, pp. 23-26; Gene R. Shreve y Peter Raven-Hansen “*Understanding Civil Procedure*”, Third Edition, LexisNexis, Mass. 2002, p. 300; Robert H. Klonoff “*Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell*”, West Group, St. Paul, Minn., 1999, p. 335.



restricción alguna en tal sentido con relación al MDL. Sin perjuicio de ello, todo parece indicar que, a fin de obtener el mayor provecho, lo ideal es que sean utilizados en la etapa más temprana posible del proceso. Claro que ello dependerá de muchos factores. El primero y más importante, por supuesto, es la identificación del fenómeno de fondo. Esto es, la identificación de que el caso no es un caso individual aislado, sino la muestra de un grupo mayor que involucra similares cuestiones. En este sentido resulta innovador cómo, según veremos más adelante, la regulación del incidente establece modernos mecanismos para dar a publicidad información sobre este tema.

### III. Legitimación para solicitar el inicio del trámite. Institución responsable de tomar la decisión sobre la conveniencia y oportunidad de utilizar ambos mecanismos. Factores a evaluar

En el sistema estadounidense, las decisiones respecto de transferencias al amparo de lo dispuesto en 28 U.S.C. § 1407 son tomadas por un Panel creado por esa misma norma. Este panel se denomina *Judicial Panel for Multidistrict Litigation* (en adelante “MDL Panel”),<sup>16</sup> y se encuentra integrado por siete jueces federales de circuito y de distrito (esto es, jueces de cámaras de apelación y de primera instancia) designados por el Presidente de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos. Este Panel tiene competencia para dictar normas de procedimiento interno siempre que sean compatibles con las reglas de procedimiento federal,<sup>17</sup> y las decisiones en su seno son tomadas por mayoría de 4

votos.<sup>18</sup> El procedimiento puede ser iniciado tanto de oficio por el MDL Panel, como a pedido de cualquiera de las partes involucradas en un proceso cuya transferencia se considere apropiada en el marco de la norma referida.<sup>19</sup>

Es importante destacar dos cuestiones relacionadas con los presupuestos necesarios para hacer operar este mecanismo. La primera es que, para dar inicio al procedimiento, el MDL Panel no debe verificar que las cuestiones comunes *predominen* sobre las individuales; lo cual si se exige a los jueces federales cuando se trata de evaluar si certifican una acción de clase del tipo (b)(3), más conocida como *class action for damages*. Así, el estándar en este campo es más bajo que en el marco de las acciones de clase, ya que sólo se exige la verificación de que existen cuestiones comunes y de que la transferencia bajo el amparo del estatuto 28 U.S.C. § 1407 facilitará la solución de los casos en forma más eficiente. Una vez verificados esos extremos, el MDL Panel puede ordenar la transferencia de los casos aun cuando todos o una porción sustancial de las partes se oponga a ello.<sup>20</sup>

La propuesta brasileña, en cambio, establece que tanto la admisibilidad como la procedencia del incidente de resolución de demandas repetitivas serán resueltas por el tribunal en pleno ante el cual aquel se hubiera planteado, o bien por órgano especial en el supuesto que se encuentre establecido.<sup>21</sup> A fin de resolver sobre la admisibilidad del incidente, el Proyecto

<sup>16</sup> Robert H. Klonoff “*Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell*”, West Group, St. Paul, Minn., 1999, p. 335. La página oficial del MDL Panel puede consultarse en <http://www.jpml.uscourts.gov/>.

<sup>17</sup> 28 U.S.C §1407(f). La reglamentación actualmente en vigencia puede consultarse en [http://www.jpml.uscourts.gov/General\\_Order-Panel\\_Rules\\_9-8-2010-Effective\\_10-4-2010-Final.pdf](http://www.jpml.uscourts.gov/General_Order-Panel_Rules_9-8-2010-Effective_10-4-2010-Final.pdf).

<sup>18</sup> 28 U.S.C §1407(d). La norma también exige que los jueces sean todos de distintos circuitos. Ver Robert H. Klonoff “*Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell*”, West Group, St. Paul, Minn., 1999, p. 335.

<sup>19</sup> Robert H. Klonoff “*Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell*”, West Group, St. Paul, Minn., 1999, pp. 335-336.

<sup>20</sup> Robert H. Klonoff “*Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell*”, West Group, St. Paul, Minn., 1999, p. 336.

<sup>21</sup> “Art. 898. O juízo de admissibilidade e o julgamento do incidente competirão ao plenário do tribunal ou, onde houver, ao órgão especial”.



acuerda al tribunal un grado de flexibilidad razonable ya que si bien por un lado le exige evaluar los requisitos del art. 895 (presentados en la Parte II de este trabajo), por el otro le ordena considerar la “*conveniencia de adoptar la decisión paradigmática*”.<sup>22</sup> También debe tenerse en cuenta que con carácter previo a la resolución sobre la admisibilidad del incidente, el Relator puede efectuar los pedidos de informes que estime necesarios y requerirá al Ministerio Público que se expida al respecto.<sup>23</sup>

En lo que hace a quienes están legitimados a fin de promover esta particular herramienta de gestión procesal, el art. 895, parágrafo primero, apartados I y II del Proyecto dispone que el pedido puede provenir de parte de los siguientes sujetos: (i) el propio tribunal que entiende en algún caso individual y considera que se trata de una demanda repetitiva; (ii) las partes involucradas en alguna disputa de este tipo; (iii) el Ministerio Público; y/o (iv) la Defensoría Pública.<sup>24</sup> La presencia de dos entidades públicas junto al tribunal y las partes en la lista de habilitados para iniciar el procedimiento (otra diferencia con el sistema MDL) demuestra el interés público que se encuentra en juego a la hora de resolver, por medio de una sentencia única, grandes cantidades de cuestiones individuales.

Por último, cabe mencionar que la petición está sujeta a ciertos requisitos formales y argumentales. Sin embargo, nuevamente aquí la normativa parece estar pensada para acordar un importante grado de discreción al tribunal a la hora de resolver si

resulta beneficioso tramitar el incidente. Ello así en la medida que el art. 895 sólo exige en líneas muy generales acompañar los documentos que el peticionante considere “*necesarios para demostrar la necesidad de la instauración del incidente*”.<sup>25</sup>

#### IV. Método para escoger el tribunal donde se decidirá la suerte de todos los procesos relacionados

En el sistema estadounidense, el MDL Panel considera una “*amplia variedad de factores*” a la hora de decidir cuál será el o los tribunales que se harán cargo de coordinar o consolidar los casos (*transferee court*). Entre ellos, Klonoff menciona la distribución territorial de las causas, el domicilio de las partes involucradas y los testigos, la ubicación de prueba que pudiera resultar pertinente para el caso, y la experiencia de los jueces que estén dentro del radio territorial sugerido por los mencionados factores. En este aspecto, el tribunal no se encuentra obligado a seguir las recomendaciones de las partes y tampoco se le exige elegir un distrito o corte que tenga una o varios casos del tipo de los que se transfieren.<sup>26</sup>

El Proyecto no regula nada parecido en relación a las demandas repetitivas. El Incidente puede iniciarse ante cualquier Tribunal Local que corresponda por razón de la materia y el territorio, y el tribunal ante el cual se plantea no tiene otra opción que asumir esa responsabilidad. El hecho de que no se incorporen previsiones como las descritas en torno a MDL pueda encontrar justificación en las diferentes consecuencias que siguen de admitir el Incidente. A diferencia de MDL, esta admisión no implica traslado alguno de causas desde un juzgado hacia otro. La consecuencia más relevante

<sup>22</sup> “Art. 898 ... § 1º Na admissibilidade, o tribunal considerará a presença dos requisitos do art. 895 e a conveniência de se adotar decisão paradigmática”.

<sup>23</sup> “Art. 897. Após a distribuição, o relator poderá requisitar informações ao órgão em cujo juízo tem curso o processo originário, que as prestará em quinze dias; findo esse prazo improrrogável, será solicitada data para admissão do incidente, intimando-se o Ministério Público”.

<sup>24</sup> “Art. 895... § 1º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal:

I – pelo juiz ou relator, por ofício;

II – pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição”.

<sup>25</sup> “Art. 895 ... § 2º O ofício ou a petição a que se refere o § 1º será instruído com os documentos necessários à demonstração da necessidade de instauração do incidente”.

<sup>26</sup> Robert H. Klonoff “Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell”, West Group, St. Paul, Minn., 1999, p. 336-337.

de tal admisión, como veremos, es disparar la aplicación de ciertos recaudos procesales a fin de garantizar la legitimidad de los efectos que tendrá la decisión a tomarse.

#### V. Efectos que siguen a la admisión del procedimiento. Canales de impugnación habilitados

En el sistema estadounidense, una vez que el MDL Panel decide utilizar el mecanismo debe notificar a todas las partes de los casos involucrados en una posible orden de transferencia para consolidación o trabajo coordinado.<sup>27</sup> En ese momento el MDL Panel también designa quien será el o los tribunales que se harán cargo de liderar los procedimientos (lo cual se realiza de acuerdo con los parámetros ya comentados). Asimismo, ordena la remisión de los expedientes desde los tribunales de origen (*transferor courts*), quienes pierden jurisdicción sobre el caso. Toda orden que la *transferor court* haya realizado previamente se mantendrá en pie, salvo que la corte designada por el MDL Panel (*transferee court*) disponga su modificación.<sup>28</sup> Al mismo tiempo, el traspaso de los casos confiere a la *transferee court* jurisdicción suficiente para administrar todos los aspectos relacionados con la etapa de *pretrial*. Este poder es sumamente importante ya que, como señala Weinstein, la mayoría de litigios involucrados termina por resolverse en un acuerdo transaccional y nunca es devuelta a la corte de origen para su juzgamiento.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> La notificación debe especificar la hora y el lugar de cualquier audiencia que se haya fijado para determinar si resulta procedente acudir al mecanismo o no (28 U.S.C §1407(c)).

<sup>28</sup> Robert H. Klonoff "Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell", West Group, St. Paul, Minn., 1999, p. 337.

<sup>29</sup> Jack B. Weinstein "Individual Justice in Mass Tort Litigation", Northwestern University Press, 1995, pp. 138. De acuerdo con Weigel, a diez años de la implementación del MDL Panel el número de causas reenviadas fue menos del 5% (Stanley A. Weigel "The Judicial Panel on Multidistrict Litigation, Transferor Courts and Transferee Courts", 78 F.R.D. 575 (1978)).

Otro tema particular que presenta algunas complicaciones para la *transferee court* en el marco de MDL tiene que ver con la ley sustancial aplicable para resolver cualquier disputa que pudiera surgir. En este aspecto es necesario hacer una distinción: cuando los jueces son llamados a resolver una cuestión regida por leyes estatales, deben adjudicar el asunto aplicando aquella que hubiera correspondido aplicar a la corte de origen; por el contrario, si la cuestión está regida por leyes federales las cortes han decidido mayormente que corresponde aplicar la jurisprudencia de la cámara de apelaciones correspondiente al circuito donde ejerce su función la *transferee court*.<sup>30</sup>

Finalmente, en materia impugnatoria el sistema prevé que la resolución del MDL Panel que deniega una moción de transferencia bajo el amparo de este estatuto es inapelable; mientras que la que lo acoge y cualquier otra dictada por dicho órgano resultan revisables, aunque "sólo por writ extraordinario previsto en 28 U.S.C. § 1651".<sup>31</sup>

En Brasil las derivaciones de la admisión del Incidente difieren en gran medida de aquéllas que siguen a la orden de transferencia en el marco de MDL.<sup>32</sup> En este sentido, el Art. 899 del Proyecto establece como consecuencia inmediata la suspensión de todos los procesos pendientes donde se esté discutiendo la misma cuestión de derecho, sin importar si se encuentran en primera instancia o en curso de apelación

<sup>30</sup> Robert H. Klonoff "Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell", West Group, St. Paul, Minn., 1999, p. 337.

<sup>31</sup> 28 U.S.C §1407(e). Robert H. Klonoff "Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell", West Group, St. Paul, Minn., 1999, p. 338.

<sup>32</sup> En caso de ser rechazado, se retomará el curso de los procesos de acuerdo con lo establecido por el art. 898, que en su parte pertinente dice lo siguiente "§ 2º Rejeitado o incidente, o curso dos processos será retomado; admitido, o tribunal julgará a questão de direito, lavrando-se o acórdão, cujo teor será observado pelos demais juízes e órgãos fracionários situados no âmbito de sua competência, na forma deste Capítulo".

ordinaria.<sup>33</sup> A diferencia de lo previsto en el sistema de MDL, como ya señalé, en la propuesta brasileña el juzgado de origen no debe desprenderse del caso. Más aun, durante el tiempo que dura la suspensión que sigue a la admisibilidad del incidente el juzgado de origen mantiene intacta su competencia para ordenar medidas cautelares a fin de evitar que los derechos de las partes involucradas se vean afectados.<sup>34</sup>

Para la corte encargada de resolver el Incidente, mientras tanto, la admisión del mismo implica asumir la responsabilidad de proveer todo lo necesario para que el proceso obtenga adecuada publicidad, participación y control por parte del Ministerio Público. En este sentido, el Proyecto establece que tanto el inicio como la resolución del incidente deben ser sometidos a “*la más amplia y específica divulgación y publicidad*”,<sup>35</sup> y acoge expresamente las bondades de la tecnología para el manejo de información relacionada con la administración organizada de causas.<sup>36</sup> En la misma línea de apertura y transparencia, el Incidente habilita la intervención de Amicus Curiae para presentar argumentos sobre la materia debatida.<sup>37</sup>

<sup>33</sup> “Art. 899. Admitido o incidente, o presidente do tribunal determinará, na própria sessão, a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo graus de jurisdição”.

<sup>34</sup> “Art. 899 ... Parágrafo único. Durante a suspensão poderão ser concedidas medidas de urgência no juízo de origem”.

<sup>35</sup> “Art. 896. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça”.

<sup>36</sup> El sitio web del MDL Panel es un espacio interesante para recorrer (<http://www.jpml.uscourts.gov/>). De alguna manera, demuestra las posibilidades reales que hay de manejar información agregada (histórica y por qué no prácticamente en tiempo real) respecto de lo que está pasando dentro del Poder Judicial. Esta información, por supuesto, resulta sumamente valiosa como punto de partida para cualquier política pública que pretenda mejorar la eficiencia del servicio. Cuanto mayor sea el conocimiento del problema, mejores serán las respuestas para enfrentarlo.

<sup>37</sup> Ver la Exposición de Motivos, donde además se señala expresamente la idea de que el Amicus puede participar “*en todos los grados de jurisdicción*”, pp.

A continuación, el art. 901 dispone que el Relator oirá a las partes y a los demás interesados (comprendiendo entre ellos personas, órganos y entidades con interés en la controversia), y les requerirá que en el plazo común de 15 días procuren: (i) ofrecer y presentar todos los documentos que crean necesarios para la resolución de la cuestión; (ii) proponer las diligencias que estimen convenientes a tal fin; y (iii) efectuar ante el Ministerio Público las manifestaciones que consideren oportunas.<sup>38</sup>

Una vez cumplida esta etapa y concluidas que sean las diligencias que pudiera haber ordenado el tribunal, se fijará fecha para el juzgamiento del Incidente. En el marco de esta audiencia, y luego de la exposición de la causa efectuada por el Relator, el presidente del tribunal dará la palabra al actor y demandado del proceso originario, así como también al Ministerio Público, por el plazo de media hora cada uno a fin de que aleguen en apoyo de su posición. A continuación, se concede media hora para ser compartida entre todos los interesados

22-23 (disponible en <http://asadip.files.wordpress.com/2010/09/anteprojeto1.pdf>, última visita, 11 de Abril de 2011). En otro lugar he manifestado mi opinión en el sentido de considerar más conveniente la intervención de la figura en las instancias superiores de apelación, ver Francisco Verbie “*Propuesta para regular la figura del amicus curiae en la Provincia de Buenos Aires*”, LLBA 2009 (febrero), 14, La Ley Suplemento Actualidad del 19/03/09. El instituto es regulado por el art. 320 del Proyecto en los siguientes términos: “Art. 320. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da lide, poderá, por despacho irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural, órgão ou entidade especializada, no prazo de dez dias da sua intimação.

Parágrafo único. A intervenção de que trata o caput não importa alteração de competência, nem autoriza a interposição de recursos”.

<sup>38</sup> “Art. 901. O Relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de directo controvertida; em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-á o Ministério Público”.

que así lo hubieran solicitado inscribiéndose al efecto con 48 horas de anticipación.<sup>39</sup> Cabe señalar que si bien existe una diferencia en el tiempo disponible para alegar en el marco de la audiencia, ello no afecta la legitimidad del sistema. Volveré sobre este punto a la hora de las conclusiones.

El Incidente debe ser resuelto en el plazo de 6 meses y recibirá trato preferencial por sobre otros procesos, salvo aquéllos que involucren personas privadas de su libertad o pedidos de habeas corpus. En el supuesto de que el tribunal no decida el asunto en ese término, el art. 904, parágrafo 1 del Proyecto prevé el cese de la eficacia suspensiva del Incidente salvo resolución fundada en contrario.<sup>40</sup> El Proyecto también dispone que en caso de interponerse algún recurso extraordinario o especial, las partes, los interesados, el Ministerio Público y la Defensoría Pública pueden solicitar al tribunal competente para resolverlos que suspenda “*todos los procesos en curso en el territorio nacional que versen sobre la cuestión objeto del incidente*”.<sup>41</sup> Cualquiera de dichos recursos será concedido con efectos suspensivos “*presumiéndose la repercusión general*

<sup>39</sup> “Art. 902. Concluídas as diligências, o relator pedirá dia para o julgamento do incidente.

§ 1º Feita a exposição do incidente pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao autor e ao réu do processo originário, e ao Ministério Público, pelo prazo de trinta minutos, para sustentar suas razões.

§ 2º Em seguida, os demais interessados poderão se manifestar no prazo de trinta minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com quarenta e oito horas de antecedência”.

<sup>40</sup> “Art. 904. O incidente será julgado no prazo de seis meses e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 1º Superado o prazo previsto no caput, cessa a eficácia suspensiva do incidente, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

§ 2º É disposto no § 1º aplica-se, no que couber, à hipótese do art. 900”.

<sup>41</sup> “Art. 900. As partes, os interessados, o Ministério Público e a Defensoria Pública, visando à garantia da segurança jurídica, poderão requerer ao tribunal competente para conhecer de eventual recurso extraordinário ou especial a suspensão de todos os processos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente.”

*de la cuestión constitucional eventualmente discutida”*.<sup>42</sup>

Por último, cabe señalar que con respecto a la determinación de la ley aplicable para resolver las cuestiones que pudieran plantearse, en principio no parece haber graves problemas ya que los códigos de fondo son dictados en Brasil por el gobierno central y se aplican obligatoriamente en todos los Estados locales (a diferencia de lo que sucede en el sistema estadounidense, donde cada Estado local cuenta con sus propias regulaciones en materias sustanciales).<sup>43</sup> De hecho, bien podría decirse que el Incidente parece asumir como premisa dicha homogeneidad en el derecho de fondo aplicable a todas las causas que involucran planteos similares.

#### *VI. Efectos que siguen a la resolución de las cuestiones involucradas en ambos procedimientos*

Una vez admitido el Incidente, u ordenada la transferencia y sustanciados todos los procedimientos que fueran necesarios, los efectos finales a los cuales aspiran ambos mecanismos difieren considerablemente (aun cuando, al mismo tiempo, pueden pensarse comprendidos bajo el amplio rótulo de “economía procesal”).

En el sistema de MDL, concluida la etapa de *pretrial* la corte escogida por el

<sup>42</sup> “Art. 905. O recurso especial ou extraordinário interposto por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou por terceiro interessado será dotado de efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput, interpostos os recursos, os autos serão remetidos ao tribunal competente, independentemente da realização de juízo de admissibilidade na origem.”

<sup>43</sup> Este tipo de distribución de poder entre los Estados justifica la existencia de una rama del derecho, denominada *conflict of laws*, dedicada casi exclusivamente a estudiar cuál es la ley aplicable para resolver disputas con elementos interestatales (ver Andreas F. Lowenfeld “*Conflict of Laws: Federal, State and International Perspectives*”, Revised 2nd Edition, LexisNexis, New York, 2002).



MDL Panel debe reenviar todos los casos a sus juzgados originarios. Sobre este tema, al dictar sentencia en el caso “*Lexecon*” la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos dejó en claro que la *transferee court* no cuenta con competencia para juzgar el fondo de la controversia ni para desarrollar procedimientos que correspondan a la etapa de juicio.<sup>44</sup>

La propuesta del Proyecto, por el contrario, establece que la decisión tomada en el marco del Incidente respecto de la cuestión de derecho en disputa será directamente aplicable a todos los procesos que versen sobre una cuestión similar y se encuentren tramitando dentro de la jurisdicción territorial del tribunal local que resuelve la cuestión.<sup>45</sup> La no observación de la doctrina

<sup>44</sup> “*Lexecon, Inc. v. Milberg Weiss Bershad Hynes & Lerach*”, 523 U.S. 26 (1998). Ver Courtney E. Silver “*Procedural Hassles in Multidistrict Litigation: A Call for Reform of 28 U.S.C. § 1407 and the Lexecon Result*”, 70 Ohio St. L.J. 455, 456-457, 466-467 (explicando que en este caso la Corte interpretó la palabra “*shall*” incluida en la sección 28 U.S.C. § 1407 como exigiendo el reenvío de los casos transferidos por el Panel hacia los distritos originarios luego de completados los procedimientos de *pretrial*. El autor destaca que esta rígida regla muy a menudo acarrea ineficiencias y produce complicaciones en el trámite que ha de seguirse luego del *discovery*). En el mismo sentido crítico ver Jack B. Weinstein “*Individual Justice in Mass Tort Litigation*”, Northwestern University Press, 1995, p. 23 (señalando que incluir en la norma la posibilidad de una transferencia que involucre competencia suficiente para resolver el mérito del asunto sería de gran ayuda). Vale señalar que, a pesar de la claridad de la decisión de la Corte en este aspecto algunos tribunales en la práctica retienen los casos para realizar juicios también consolidados (conf. Gene R. Shreve y Peter Raven-Hansen “*Understanding Civil Procedure*”, Third Edition, LexisNexis, Mass. 2002, p. 300).

<sup>45</sup> “Art. 903. *Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito*”. La extensión limitada al ámbito territorial del Tribunal que resuelve el asunto se encuentra destacada en la Exposición de Motivos que acompaña el Proyecto (“*a extensão da eficácia da decisão acerca da tese jurídica limita-se à área de competência territorial do tribunal, salvo decisão em contrário do STF ou dos Tribunais superiores, pleiteada pelas partes, interessados, MP ou Defensoria Pública*”, p. 22, texto disponible en <http://asadip.files.wordpress.com/2010/09/anteprojeto1.pdf>, última visita 11 de Abril de 2011).

legal establecida en la decisión que resuelve el Incidente por parte de otros tribunales donde tramitan causas similares, da lugar a reclamación (la cual se registrará de acuerdo con el reglamento interno del respectivo tribunal).<sup>46</sup>

A mi modo de ver, la norma brasileña puede producir mayor eficiencia aun de la que pueda obtenerse por medio de su pariente estadounidense. Sucede que el Incidente no conlleva sólo la administración eficaz de una etapa del proceso como hace la transferencia de casos en el sistema estadounidense por vía del MDL Panel respecto de la etapa probatoria de *pretrial*. Por el contrario, el Incidente busca resolver en forma definitiva una cuestión de derecho que muy probablemente resultará determinante de la suerte de todos los procesos con planteos similares.

Dicha finalidad es perseguida, según hemos visto, por medio de un procedimiento que pone un claro énfasis en la publicidad,<sup>47</sup> que establece la participación obligatoria del Ministerio Público para fiscalizar prácticamente todos los pasos relevantes del procedimiento, y que incluso contempla mecanismos sustitutivos de parte cuando por algún motivo el litigante original decide desistir o abandonar el proceso.<sup>48</sup> Este último aspecto puede ser leído, una vez más, como un reconocimiento de la relevancia

<sup>46</sup> “Art. 906. *Não observada a tese adotada pela decisão proferida no incidente, caberá reclamação para o tribunal competente*.”

Parágrafo único. *O processamento e julgamento da reclamação serão regulados pelo regimento interno do respectivo tribunal*”.

<sup>47</sup> “Art. 896. *A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça*.”

Parágrafo único. *Os tribunais promoverão a formação e atualização de banco eletrônico de dados específicos sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando, imediatamente, ao Conselho Nacional de Justiça, para inclusão no cadastro*”.

<sup>48</sup> “Art. 895 ... § 3º *Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e poderá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono*”.

del interés público involucrado en una eficiente, económica y justa (en términos de legítima) resolución de cientos o miles de cuestiones de derecho discutidas en tantos otros procesos.

### VII. Comentarios finales

A la hora de los últimos comentarios me gustaría sugerir una idea que puede concurrir a reforzar aun más la legitimidad de la decisión tomada en el Incidente: utilizar en este campo algún estándar del género del prerequisite de representatividad adecuada previsto en las acciones de clase estadounidenses. Esto es, pensar en la posibilidad de que el tribunal brasileño evalúe las cualidades del actor y de los abogados que están litigando el proceso donde habrá de tramitarse el Incidente, de modo tal de asegurar que allí se desarrollará una profunda y robusta discusión respecto de cada uno de los puntos relevantes para su resolución. Como es bien sabido, en el sistema de acciones de clase norteamericano la representatividad adecuada es un recaudo que debe reunir el actor que pretende representar a la clase y sus abogados para que el tribunal certifique la acción y permita la discusión del conflicto en clave colectiva.<sup>49</sup>

Me permito sugerir esta posibilidad porque dicho concepto no es ajeno a la doctrina brasileña que trabaja en el área de los procesos colectivos. En este orden, cabe destacar que al menos dos anteproyectos de Código Brasileño de Procesos Colectivos (USP y UERJ/Unesa) establecen el control

<sup>49</sup> *Federal Rule of Civil Procedure 23(a)(4)*. En lo que interesa aquí, la norma establece lo siguiente: “a) *Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: ... (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class*”. Hemos trabajado específicamente sobre este tema en otro lugar, ver Eduardo Oteiza y Francisco Verbic “*La Corte Suprema Argentina regula los procesos colectivos ante la demora del Congreso. El requisito de la representatividad adecuada*”, RePro N° 185 (2010), Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo.

de tal requisito por parte del tribunal.<sup>50</sup> Asimismo, autorizados autores en la materia coinciden en estimar conveniente que el requisito de la representatividad adecuada sea evaluado por el tribunal a fin de garantizar el respeto de la garantía de debido proceso legal de los miembros del grupo representado por el legitimado colectivo.<sup>51</sup>

<sup>50</sup> Ver Gregório Assagra de Almeida “*Codificacao do Direito Processual Coletivo Brasileiro*”, Del Rey Ed., Belo Horizonte, 2007, pp. 113-116, 156 (comentando el anteproyecto coordinado por Ada Pellegrini Grinover y elaborado en el marco del curso de postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Pablo, Proyecto “USP”; así como también el coordinado por Aluisio Goncalves de Castro Mendes y elaborado en conjunto por los programas de postgrado de la Universidad del Estado de Río de Janeiro y de la Universidad Estacio de Sá, Proyecto “UERJ/Unesa”. El autor es muy crítico de ambos proyectos en este aspecto ya que considera que dejar el control de la calidad del representante en manos del tribunal es inconstitucional en Brasil).

<sup>51</sup> Ver Antonio Gidi “*Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un Modelo para países de derecho civil*”, UNAM, México, 2004, p. 79 (argumentando que “*Es un miedo general que los jueces de derecho civil no tengan el poder, la inclinación o la capacidad profesional de examinar la representación adecuada en cada caso. Aunque es difícil de hacerlo, el control de la adecuación de la representación de los intereses de los miembros ausentes no puede ser dejado completamente fuera del escrutinio judicial*”. El autor recuerda otro Anteproyecto de Ley de Acciones Colectivas -N° 3.304/1984- donde se “*había dado a los jueces la facultad de controlar la representación adecuada en cada caso*”, ver nota a pie de página N° 190, p. 80). Ver también Ada Pellegrini Grinover, “*Acciones colectivas iberoamericanas: nuevas cuestiones sobre la legitimación y la cosa juzgada*”, Relatorio preparado para el Congreso de Roma (mayo de 2002), organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y por el “Centro di Studi giuridici latinoamericani dell’Università Tor Vergata” de Roma, sobre el tema “*Azioni popolari e azioni per la tutela di interessi collettivi*”, punto 2 (sosteniendo que “*el sistema brasileño, aunque no lo afirme expresamente, no es contrario al control de la ‘representatividad adecuada’ por el tribunal, en cada caso concreto*”). La autora ha mantenido esta idea en diversos trabajos posteriores desde distintas perspectivas. De particular importancia es aquel en el cual tal concepto es considerado como un “principio procesal colectivo” propio de este campo del derecho; Ada Pellegrini Grinover “*Derecho Procesal Colectivo*”, RDP, 2006-2, pp. 387 y ss (sosteniendo que “*Este instituto, desconocido en el proceso individual, cimenta en el proceso colectivo a la legitimación, exigiendo que el portador en juicio de*



A mi juicio, en el marco del Incidente esta posible vuelta de tuerca a manos del tribunal habría de converger, junto con la publicidad de la acción y el derecho de audiencia, para dotar a la decisión de aun mayor legitimidad. La diferencia del tiempo acordado al actor y demandado originario y al Ministerio Público, por un lado (30 minutos cada uno); y aquel acordado al resto de los intervinientes al momento de la audiencia oral (30 minutos entre todos, quienes además tienen la carga de inscribirse con 48 horas de anticipación para poder ser incluidos a tal fin), puede ser considerada como una buena razón para pensar en la posibilidad de controlar que quien llevará la mayor voz en el momento más crítico del debate será un adecuado defensor de todos los intereses involucrados en la resolución del Incidente (esto es, de todos los sujetos que se encuentran en su misma situación procesal y cuya suerte será sellada por el resultado de este proceso).<sup>52</sup>

De todas maneras, insisto con la idea subyacente en el análisis efectuado hasta aquí: la alta carga de publicidad en pos de la transparencia de los procedimientos, la intervención obligatoria del Ministerio Público en todos los procesos donde se deciden estas cuestiones comunes de derecho (un Ministerio Público muy bien equipado y con considerable presencia y experiencia

---

*los intereses o derechos difusos e individuales homogéneos presente las condiciones necesarias de seriedad e idoneidad, incluso porque el legitimado es el sujeto del contradictorio, del cual no participan directamente los miembros del grupo, categoría o clase de personas. En el Código Modelo, la representatividad adecuada constituye un requisito autónomo para el ejercicio de la acción, a ser valorado por el tribunal en cada caso concreto.”).*

<sup>52</sup> “Art. 902. Concluídas as diligências, o relator pedirá dia para o julgamento do incidente.

§ 1<sup>a</sup> Feita a exposição do incidente pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao autor e ao réu do processo originário, e ao Ministério Público, pelo prazo de trinta minutos, para sustentar suas razões.

§ 2<sup>a</sup> Em seguida, os demais interessados poderão se manifestar no prazo de trinta minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com quarenta e oito horas de antecedência.”

en temas de litigios complejos),<sup>53</sup> y la amplia oportunidad de intervención para quienes deseen participar (según vimos, con posibilidad incluso de ofrecer prueba documental y peticionar las diligencias que consideren necesarias para la mejor resolución del asunto),<sup>54</sup> configuran herramientas más que suficientes para garantizar el debido proceso legal de todas las partes sobre las cuales se extenderá la cosa juzgada de esa sentencia dictada en el proceso originario. Además, cabe subrayar que el tribunal que resolverá el Incidente tendrá sobre sí una presión muy alta de parte de todo el sistema. Tanto esta presión como la expectativa generada sobre la resolución del asunto debido al alto impacto cuantitativo que tendrá, muy probablemente llevarán al tribunal a extremar recaudos y asumir una activa postura para corregir cualquier desvío o deficiencia que pudiera advertirse durante el trámite.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> Para una descripción general del alcance y efectivo ejercicio de distintas competencias del organismo ver Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz “*Ministério Público. Instituição e Processo*”, Atlas Ed. Sao Paulo, 1977. Ver también Antonio Gidi “*Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un Modelo para países de derecho civil*”, UNAM, México, 2004, pp. 88-94 (argumentando que “El Ministerio Público (estatal y federal) ha jugado un papel protagonista en la protección de los derechos de grupo en Brasil.... ha propuesto importantes acciones colectivas... Esta realidad desafía la teoría de Mauro Cappelletti de que el Ministerio Público no se adaptaría a su nuevo papel de ‘guardián efectivo de los nuevos y emergentes intereses colectivos’”. El éxito del Ministerio Público en este rol, continúa explicando Gidi, “ha ampliado considerablemente su poder político como una institución, al grado que ahora es considerado por algunos como una especie de ‘cuarto poder’ del gobierno”).

<sup>54</sup> “Art. 901. O Relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de directo controvertida; em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-á o Ministério Público”.

<sup>55</sup> Sobre la importancia de un rol activo del tribunal frente a litigios que involucran derechos colectivos, ver Roberto O. Berizzone “*Tutelas Processales Diferenciadas*”, disponible en [http://www.processoscoletivos.net/ve\\_artigo.asp?id=46#v1n4art3\\_ftn7](http://www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=46#v1n4art3_ftn7) (explicando que “Principalmente cuando están en juego derechos de linaje

En resumidas cuentas, de aprobarse esta regulación, Brasil logrará consagrar un mecanismo que se presenta como una alternativa solvente y eficiente para lidiar con ciertos aspectos procesales implicados en los conflictos de masa. Un mecanismo que además está construido sobre premisas coherentes con los principios fundamentales del sistema democrático en términos de debido proceso legal, publicidad y derecho de participación individual en la discusión. Un mecanismo que, a mi juicio, por un lado puede considerarse superador del sistema estadounidense de *multidistrict-litigation* en términos de resultados en economía de recursos;<sup>56</sup> y por el otro, mirando hacia mi país a la hora de terminar, continúa ahondando la diferencia que existe entre Brasil y la República Argentina en cuanto a la regulación de mecanismos inteligentes y adecuados para lidiar con conflictos repetitivos o complejos en general.<sup>57</sup> Respecto

---

*constitucional amparados de modo preferente, por el interés social comprometido en el objeto litigioso, el tribunal debe asumir una función de protección y acompañamiento activo de la parte amparada con el objeto de que se tornen efectivos aquellos derechos superando los obstáculos y vallados procedimentales frustratorios, especialmente por conducto de interpretaciones normativas funcionales y rendidoras”).*

<sup>56</sup> Ver Jack B. Weinstein “*Individual Justice in Mass Tort Litigation*”, Northwestern University Press, 1995, pp. 23138-139 (sosteniendo que MDL no brinda ninguna solución que permita imponer con carácter obligatorio lo resuelto en un proceso individual para resolver otros del mismo género).

<sup>57</sup> A pesar del reconocimiento constitucional de la legitimación colectiva de individuos afectados, asociaciones intermedias y defensor del pueblo mediante la última reforma constitucional operada en el año 1994, las únicas previsiones relevantes en materia procesal colectiva a nivel federal se encuentran en las leyes de Defensa del Consumidor N° 24.240 (reformada por su similar N° 26.361 en el año 2008) y la Ley General del Ambiente N° 25.675. Claramente, en el ámbito de ambos campos del derecho hay un gran margen para que surjan procesos individuales repetitivos debido a la situación similar que comparten los miembros del grupo (sea física/territorial en el caso del medio ambiente, o básicamente contractual en el caso de consumidores y usuarios). En ambos campos, sin embargo, los aislados artículos incorporados en las leyes mencionadas con el objetivo de regular cuestiones procesales colectivas resultan claramente insuficientes para dotar a los operadores jurídicos de reglas claras

de este último punto, vale la pena destacar como ejemplo los enormes beneficios que un dispositivo como el Incidente hubiera traído aparejados para la justicia federal argentina cuando debió resolver las miles de causas que inundaron los juzgados inmediatamente después de que el gobierno nacional de turno decretara a fines del año 2001 el tristemente conocido “corralito financiero”.

---

de juego para la discusión de conflictos colectivos. En otro lugar he realizado algunas críticas al respecto, intentando sugerir ciertas correcciones que parecen necesarias para mejorar el sistema. Muchas de ellas, por supuesto, se respaldan en argumentos e ideas que nos ha enseñado el sistema colectivo brasileño, regulado por el juego conjunto del Código de Defensa del Consumidor y la Ley de Acción Civil Pública; mientras que otras encuentran mayor respaldo en previsiones e interpretaciones de la *Federal Rule of Civil Procedure* 23 que regula las acciones de clase en el sistema federal estadounidense. Sobre la Ley General del Ambiente, ver Francisco Verbic “*El proyecto de reformas a la Ley General del Ambiente n° 25.675. En búsqueda de un sistema procesal colectivo para la reparación del daño ambiental en la República Argentina*”, RePro N° 157 (Marzo, 2008), Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo, Brasil; “*La cosa juzgada en el proceso civil estadounidense y su influencia sobre el proyecto de reformas a la Ley n° 25.675*”, RePro N° 167 (Enero, 2009), Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo, Brasil”. Sobre la Ley de Defensa del Consumidor luego de su última gran reforma, Francisco Verbic “*La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la ley N° 26.361*”, RDP 2009-I (Tutelas Diferenciadas II).



# É o fim da reconvenção?

## Crítica à proposta do projeto de Novo Código de Processo Civil

Fredie Didier Jr.

Reconvenção é demanda do réu contra o autor no mesmo processo em que está sendo demandado.

Há, no direito brasileiro, outra espécie de demanda do réu no mesmo processo, chamada de *pedido contraposto*. Há previsão de *pedido contraposto*, p. ex., no procedimento sumário (art. 278, § 1º, CPC), nos Juizados Especiais Cíveis (art. 31 da Lei n. 9.099/1995) e no procedimento das demandas possessórias (o pedido de indenização previsto no art. 922 do CPC).

No direito brasileiro, o *pedido contraposto* apresenta-se como uma demanda mais simplificada do que a *reconvenção*. Duas são as suas características básicas: a) ser formulado no bojo da contestação, sem necessidade de peça autônoma; b) restrição legal quanto à sua amplitude (nos Juizados e no procedimento sumário, deve ficar restrito aos “fatos da causa”; nas possessórias, admite-se apenas o pedido de indenização).

A primeira das características não é determinante para a identificação do *pedido contraposto*. É que a jurisprudência e a doutrina têm admitido a apresentação da *reconvenção* e da *contestação* em uma única peça processual, desde que se possam distinguir ambas as postulações. A formulação em peça avulsa ou na mesma peça da contestação é mera formalidade, que não serve para distinguir a *reconvenção* do *pedido contraposto*.

Fredie Didier Jr. é Professor-adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia. Mestre (UFBA), Doutor (PUC/SP) e Pós-doutorado (Universidade de Lisboa). Advogado e consultor jurídico.

Realmente, a diferença entre essas demandas reside na amplitude da cognição. A reconvenção é demanda que pode ter variada natureza: pela lei, basta que seja conexa com a ação principal ou com os fundamentos de defesa (art. 315 do CPC). Não há qualquer outra restrição. Note que, em relação ao pedido contraposto, ou o legislador restringe a causa de pedir remota (“mesmos fatos da causa”), ou tipifica a pretensão que pode ser por ela veiculada (“pedido de indenização”).

Enfim, *reconvenção* e *pedido contraposto* são espécies de um mesmo gênero: demanda do réu contra o autor. Distinguem-se pela amplitude da cognição judicial a que dão ensejo.

É preciso considerar, no entanto, que *reconvenção* e *pedido contraposto* são conceitos jurídico-positivos. Dependem, portanto, do exame do direito positivo. Podem variar no tempo e no espaço. Reconvenção pode ter significado diverso em outro país ou em outro momento histórico.

É inegável que há um acúmulo histórico sobre o que seja *reconvenção*. Pode-se afirmar que se trata de um conceito tradicional, muito bem compreendido e disseminado, ainda que jurídico-positivo. Assim, não convém alterá-lo desnecessariamente.

Essa observação se justifica, pois o projeto de novo CPC, a pretexto de “extinguir” a reconvenção, deixou de mencioná-la. Em seu lugar, o art. 326 do projeto substitutivo apresentado pelo Sen. Valter Pereira prescreve que: “É lícito ao réu, na contestação, formular pedido contraposto para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa, hipótese em que o autor será intimado, na pessoa do seu advogado, para responder a ele no prazo de quinze dias”.

Como se pode perceber com alguma facilidade, não houve extinção da *reconvenção*. Mantém-se rigorosamente a mesma hipótese de incidência anterior (demanda formulada pelo réu contra o autor, conexa com a ação principal ou com os fundamentos de

defesa, correspondente ao atual art. 315 do CPC). Houve apenas uma *simplificação formal* da reconvenção, em conformidade com entendimento jurisprudencial já consolidado. A mudança, registre-se, é, neste ponto, boa e merece elogios.

Seria possível, obviamente, redefinir a reconvenção, ampliando ou restringindo o seu objeto. Mas isso não aconteceu. O regramento é idêntico. A *reconvenção*, enfim, não desapareceu. Optou-se, apenas, pela mudança do nome, valendo-se de um signo já amplamente conhecido, mas com outro significado: o *pedido contraposto*. Algo não deixa de existir simplesmente porque recusamos a chamá-lo pelo nome que sempre teve.

A imprecisão é clara; a inconveniência da proposta, manifesta.

*Pedido contraposto*, no direito brasileiro, é expressão, possui outro sentido. No próprio projeto apresentado pelo Senador Valter Pereira, consta a tradicional regra do procedimento das ações possessórias (art. 542 do substitutivo); além disso, não se propõe a revogação da Lei dos Juizados Especiais. Ou seja: o pedido contraposto continua a existir, no direito brasileiro, como sempre existiu. *Pedido contraposto* sem limitação cognitiva nada mais é do que a conhecida *reconvenção*. Não adianta mudar o nome. Suco de uva não é vinho, mesmo que insistamos em assim designá-lo.

Incompreensões desnecessárias surgirão. Haverá, certamente, quem afirme que não há mais reconvenção (nada obstante as mesmas regras se mantenham, o que é curioso). Com isso, haverá quem defenda que tudo o quanto se construiu a respeito desse instituto deve ser ignorado. Discussões absurdas e inúteis serão fomentadas. Tudo isso sem a menor necessidade.

Não basta ser formulada na mesma peça de defesa para que a demanda do réu seja considerada como *pedido contraposto*. É a limitação da cognição que o caracteriza.

Nada se ganha com a alteração terminológica.

# A instrumentalidade objetiva do recurso extraordinário

Guilherme Beux Nassif Azem

## Sumário

1. Origens e natureza do recurso extraordinário. 2. Da instrumentalidade objetiva do recurso extraordinário no Projeto do Novo Código de Processo Civil. 3. Considerações finais.

### *1. Origens e natureza do recurso extraordinário*

Proclamada a República, instituída a forma federativa de Estado e assentada a obrigatoriedade das leis federais em todo o território nacional, reconheceu-se, entre nós, a necessidade de se criar um instrumento processual capaz de zelar pela uniforme aplicação dessas leis e, claro, da própria Constituição.<sup>1</sup> O recurso extraordinário foi introduzido em nosso ordenamento pelo Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal.<sup>2</sup> Sua atual denominação, no entanto, adveio do primeiro Regimento Interno do STF, de 26 de janeiro de 1891, e foi consagrada, no plano constitucional, com a Carta de 1934

Guilherme Beux Nassif Azem é Mestre em Direito pela PUC/RS. Especialista em Direito e Economia pela UFRGS. Professor convidado nos cursos de especialização em Direito Processual Civil da Uniritter, da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC), do Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC) e do Verbo Jurídico, entre outras instituições. Membro da Comissão Executiva da Escola da Advocacia-Geral da União no Estado do Rio Grande do Sul. Procurador Federal em Porto Alegre/RS.

<sup>1</sup> Segundo observou Epiácio Pessoa em 1907 (p. 255-293), “conferir às justiças independentes de 21 Estados autônomos o direito de julgar sem recurso da validade ou aplicabilidade dos actos do poder legislativo da Nação, seria lançar a maior confusão e obscuridade na legislação, enfraquecer as garantias que ella proporciona as liberdades individuaes, perturbar as relações que ella regula e por ultimo quebrar a unidade nacional, que encontra na unidade do direito um dos seus mais solidos esteios”.

<sup>2</sup> Nesse sentido, MARTINS (1957, p. 373).



(NUNES, 1943, p. 315-316). Remontam suas raízes ao direito norte-americano, mais especificamente ao *Judiciary Act* de 1789, que consagrou o *writ of error* (Cf. BERMUDEZ, 1972, p. 162; PONTES DE MIRANDA, 1970, p. 83; MARQUES, 1963, P. 322-323).

Estritamente vocacionado à resolução de questões de direito, o recurso extraordinário não se destina a corrigir a má apreciação da prova<sup>3</sup> ou a eventual injustiça da decisão.<sup>4</sup> Por essência, sua existência dentro do sistema é animada por outro interesse, que não apenas o direito das partes envolvidas no conflito (PORTO; USTÁRROZ, 2008, p. 199). Tutela imediatamente o direito objetivo (ASSIS, 2011, P. 58-59) e se vincula à supremacia da Constituição no ordenamento jurídico, enquadrando-se, assim, entre os denominados *recursos excepcionais* (ou *extraordinários*).<sup>5</sup> Como ressalta Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 6),

“Esse tipo de recurso nunca teve a função de proporcionar ao litigante inconformado com o resultado do processo uma terceira instância revisora da injustiça acaso cometida nas instâncias ordinárias. A missão que lhe é atribuída é de uma carga política maior, é a de propiciar à Corte Suprema meio de exercer seu encargo de guardião da Constituição, fazendo com que seus preceitos sejam corretamente interpretados e fielmente

<sup>3</sup> STF, Súmula 279.

<sup>4</sup> Nesse sentido, Jorge (2007, p. 33). Assim, já assentou o STF: “O recurso extraordinário é via processual estreitíssima, cujo potencial para desfazer eventuais injustiças na solução do caso concreto pelas instâncias ordinárias se restringe – aqui e alhures – às hipóteses infrequentes nas quais a correção do erro das decisões inferiores possa resultar do deslinde da questão puramente de direito, e de alçada constitucional, adequadamente trazida ao conhecimento do Supremo Tribunal: por isso, a decisão do RE não se compromete com a justiça ou não do acórdão recorrido” (Tribunal Pleno, RE 254948/BA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 31.08.2001, p. 66).

<sup>5</sup> Os recursos extraordinários têm como objeto imediato a tutela do direito objetivo. Somente de forma mediata protegem o direito subjetivo da parte. Nesse sentido: Pinto (2000, p. 32).

aplicados. É a autoridade e supremacia da Constituição que toca ao STF realizar por via dos julgamentos dos recursos extraordinários”.

Inverte-se, pois, no recurso extraordinário, a tradicional lógica recursal: nele, fundamentalmente são as partes instrumentos de uma finalidade maior cometida ao recurso. O interesse privado na reforma ou na cassação da decisão que lhe é desfavorável atua em serviço do interesse público na exata aplicação do direito constitucional, sendo reconhecido e tutelado desde que coincida com o especial interesse coletivo que constitui a base do instituto (CALAMANDREI, 1961, v. 1, p. 147-151).

Ressalta claro, pois, que, desde a sua origem, a missão do Supremo Tribunal Federal não se confunde com a dos tribunais locais. O interesse público ao qual servem os tribunais de cúpula, de fato, não se confunde com aquele a que servem os demais órgãos jurisdicionais (Idem, p. 40).<sup>6</sup> A missão das cortes superiores vincula-se à defesa e à preservação da unidade do ordenamento jurídico, de modo a garantir a observância do direito objetivo e a uniformidade da jurisprudência.<sup>7</sup> Cabe-lhes, pois,

<sup>6</sup> Faça-se, aqui, um breve esclarecimento: em linhas gerais, o sistema de cassação confere ao tribunal a competência para verificar a existência de violação à lei. No caso positivo, a causa é devolvida à instância de origem, para novo julgamento. Já o sistema de revisão reúne os dois juízos. Não se limita à anulação da decisão impugnada, mas também aplica o direito ao caso concreto. Nesse sentido, Buzaid (1968, p. 52-53). De qualquer sorte, especialmente para a finalidade ora proposta – demonstrar a verdadeira função cometida aos tribunais superiores –, inexistente óbice para que os sistemas sejam tratados de forma conjunta, sem distinção terminológica.

<sup>7</sup> A uniformidade da jurisprudência decorre da própria necessidade de preservação da unidade do direito, somada à garantia da igualdade. Nessa linha, a lição de Piero Calamandrei: “Los dos principios, conexos entre si y complementarios, de la unidad del derecho positivo en el Estado y de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, pueden ser prácticamente actuados sólo cuando las amenazas, que contra los mismos surgen de la inevitable pluralidad de los órganos jurisdiccionales del mismo grado, sean, dentro de lo posible, templadas por la *uniformidad* de

precipuaente, a *função nomofilática*, isto é, de zelar pela interpretação e aplicação do direito de forma tanto quanto possível uniforme (CRUZ E TUCCI, 2007, p. 51).

A finalidade do recurso extraordinário, assim, transcende o mero interesse das partes. Como aponta Castro Nunes (1944, p. 608), “A interpretação boa ou má, o julgamento, certo ou errado, da espécie, não interessa à Nação, não compromete a preeminência e a autoridade das leis federais, não põe em xeque a supremacia da União na ordem judiciária”.

Enrico Tullio Liebman, em conferência pronunciada no ano de 1940 sobre as perspectivas do recurso extraordinário, já referia:

“As tendências mais recentes na França, Itália e Alemanha indicam, com uniformidade realmente interessante, um desenvolvimento no sentido de caracterizar, de maneira cada vez mais pronunciada, a função específica destes tribunais supremos, de dar prevalência à tutela de um interesse geral do Estado sobre os interesses dos litigantes” (LIEBMAN, 1941, p. 605).

O inciso III do art. 102 da CF/88 estabelece as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, que expressa a mais significativa competência recursal do Supremo Tribunal Federal (DINAMARCO, 1998, p. 6). Como salienta José Afonso da Silva (1963, p. 106), “Supremo Tribunal Federal e Recurso Extraordinário complementam-se pela identidade de função. Um não se compreenderia sem o outro, no que tange à matéria constitucional”.

## 2. Da instrumentalidade objetiva do recurso extraordinário no Projeto do Novo Código de Processo Civil

É inseparável do direito processual a noção de instrumentalidade. O processo,

*la interpretación jurisprudencial*” (CALAMANDREI, 1961, v. 1, p. 82).

não se tem dúvidas, deve cumprir seus escopos jurídicos, sociais e políticos (PORTANOVA, 2008, p. 48).

Classicamente, o caráter instrumental do processo é utilizado para justificar o desapego ao formalismo exacerbado, de forma a que se permita atingir, no caso concreto, a mais justa composição da lide. Nesse sentido, por exemplo, José Augusto Delgado (2001, p. 38) destaca que “a função jurisdicional tem como destino único e exclusivo fazer justiça, pelo que a peculiaridade instrumental da lei formal não deve atuar como obstáculo para o alcance desse fim”.<sup>8</sup>

Cândido Rangel Dinamarco, ao abordar a instrumentalidade do processo, assim observou:

“É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um *instrumento*, enquanto não acompanhada da indicação dos *objetivos* a serem alcançados mediante o seu emprego. Todo instrumento, como tal, é *meio*; e todo meio só é tal e se legitima em função dos *fins* a que se destina (DINAMARCO, 2005, p. 181).

Tomando em conta a lição do mestre paulista, releva anotar que o Projeto do Novo Código de Processo Civil objetiva agregar ao sistema uma nova dimensão da instrumentalidade, ínsita e vinculada à finalidade do recurso extraordinário e à missão do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, como forma de vincular o instrumento (recurso extraordinário) aos fins aos quais ele se destina (defesa e preservação da unidade do direito), a Comissão de Juristas responsável pela elaboração do novo

<sup>8</sup> Destaca-se, na mesma linha, excerto de decisão do Superior Tribunal de Justiça: “Conquanto mereça relevo o atendimento às regras relativas à técnica processual, reputa-se consentâneo com os dias atuais erigir a instrumentalidade do processo em detrimento ao apego exagerado ao formalismo, para melhor atender aos comandos da lei e permitir o equilíbrio na análise do direito material em litígio” (Terceira Turma, REsp 1109357/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 01.07.2010).

diploma propôs a inserção de dispositivo com o seguinte teor:

“Quando o recurso tempestivo for inadmissível por defeito formal que não se repute grave, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal poderão desconsiderar o vício e julgar o mérito de casos repetitivos ou sempre que a decisão da questão de mérito contribua para o aperfeiçoamento do sistema jurídico”.<sup>9</sup>

Consagra-se, assim, o que ora denominamos *instrumentalidade objetiva* do recurso extraordinário.<sup>10</sup> Trata-se de instrumentalidade que se destina a permitir que o recurso extraordinário atenda aos seus fins. Relaciona-se, dessa forma, com a defesa e a manutenção, pelo Supremo Tribunal Federal, da ordem objetiva.

Não há vinculação, ao menos imediata, com o interesse das partes nem com a justiça da decisão. Por isso, trata-se, como afirmado, de uma nova dimensão da instrumentalidade. Relativiza-se a rigidez da forma para que o instrumento atinja sua finalidade.

Como se sabe, costuma-se utilizar a expressão “processo objetivo” para destacar o seu distanciamento daquelas regras processuais próprias dos conflitos intersubjetivos de interesses, do tipo clássico (TAVARES, 2005, p. 392). Desse modo, reforçando tendência que já podia ser verificada em nosso ordenamento,<sup>11</sup> o sistema processual passa

<sup>9</sup> Na redação original do projeto, trata-se do § 2º do art. 944. No texto aprovado pela Câmara, trata-se do art. 983, § 2º, que tomou a seguinte redação: “Quando o recurso tempestivo contiver defeito formal que não se repute grave, o Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal poderão desconsiderar o vício, ou mandar saná-lo, julgando o mérito”.

<sup>10</sup> E também do recurso especial, cuja origem remonta à criação do Superior Tribunal de Justiça pela Constituição de 1988 e à assunção, pelo novo órgão, de competências que antes eram cometidas ao Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário.

<sup>11</sup> Merecem referência, *v.g.*, a adoção, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, do instituto da repercussão geral da questão constitucional (CF/88, art. 102, § 3º)

a acentuar, de forma explícita, a função instrumental do recurso extraordinário, que se relaciona, no seu aspecto decisivo, à institucionalização e preservação do Estado Democrático de Direito (ASSIS, 2011, p. 719), mediante a guarda da Constituição Federal.

Para tanto – e, uma vez aprovado o Projeto do Novo CPC, com o beneplácito da legislação –, poderá o STF desconsiderar defeito de ordem formal que não repute grave e julgar o recurso extraordinário que contiver questão constitucional cuja definição contribua para o aperfeiçoamento do sistema jurídico. Como já apontaram Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2010, p. 187),

“Trata-se de disposição que leva a sério o caráter paradigmático das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e que outorga o devido valor ao fato de nesses tribunais *julgar-se a partir dos casos* para promoção da unidade do Direito”.

Certamente, será o critério da proporcionalidade que balizará a tomada de decisão. Em outras palavras, em juízo valorativo, indagar-se-á o que prepondera diante do caso concreto: o defeito formal – que levará

assim como o entendimento sufragado pelo Pretório Excelso no sentido de que, no controle difuso de normas, uma vez verificada a inconstitucionalidade de determinado preceito, deveria pronunciar-se sobre a sua compatibilidade com o texto constitucional, mesmo que isso se mostrasse dispensável à resolução da controvérsia. Veja-se, a respeito, o MS nº 20.505-DF, em que se acentuou que “Argüida ‘incidenter tantum’ a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, que se deva aplicar no julgamento da causa, o Plenário do STF não pode furtar-se ao exame preliminar dessa argüição”. Já nos autos do RE nº 102.553-DF, o STF, posto que desprovendo o recurso interposto por contribuinte, declarou inconstitucional a Resolução nº 7, de 22 de abril de 1980, do Senado Federal, referente à alíquota de tributo. Recomenda-se, outrossim, a leitura da decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes nos autos do AI nº 685066 MC/BA, na qual se enfatizou o caráter objetivo que, em especial a partir da Lei nº 10.259/01, passou a conformar o recurso extraordinário.

à inadmissão do recurso – ou a relevância da questão para a unidade do direito, que, superando aquele, permitirá o julgamento do mérito.

Feliz, por outro lado, foi a redação proposta ao excluir a intempestividade das hipóteses em que será possível relevar a inadmissibilidade do recurso. Entender de outra forma importaria agressão ao regime da preclusão, com possível violação, inclusive, da garantia constitucional da coisa julgada.

### 3. Considerações finais

Sem maiores indagações, conclui-se, pois, que é extremamente positiva a adoção da *instrumentalidade objetiva* para o recurso extraordinário.<sup>12</sup> A Comissão, no ponto, mostrou-se afinada, de uma só vez, com duas ideias, conjugando-as: a da instrumentalidade do processo (antes pensada preponderantemente sob a ótica subjetiva); e a da função do recurso extraordinário.

Caso o texto venha a ser aprovado no Congresso e sancionado pela Presidência da República, espera-se que o Supremo Tribunal Federal bem utilize o dispositivo, de forma a potencializar o seu verdadeiro – e imprescindível – papel em nossa sociedade. Assim, contribuirão os três Poderes para a defesa da unidade do nosso ordenamento.

### Referências

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

AZEM, Guilherme Beux Nassif. *Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A recente reforma da Constituição brasileira e o Supremo Tribunal Federal. In: BERIZONCE, Roberto Omar; HITTERS, Juan Carlos; OTEIZA, Eduardo (Coord.). *El papel de*

<sup>12</sup> E, repita-se, também para o recurso especial.

*los tribunais superiores*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2006.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao código de processo civil*. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 5.

BERMUDES, Sergio. *Curso de Direito processual civil* (recursos). Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

BUZUID, Alfredo. Nova conceituação do recurso extraordinário na Constituição do Brasil. *Revista da UFPR*, Curitiba, v. 11, p. 51-66, 1968.

CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1961.

CASTRO NUNES. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

\_\_\_\_\_. A Tarefa do Supremo Tribunal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 99, p. 606-610, jul. 1944.

CORRÊA, Oscar Dias. A missão atual do Supremo Tribunal Federal e a constituinte. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 160, p. 1-31, abr./jun. 1985.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Art. 475-J e o STJ. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, n. 260, p. 50-52, nov. 2007.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de Direito comparado: questões processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DELGADO, José Augusto. Princípio da instrumentalidade, do contraditório, da ampla defesa e modernização do processo civil. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 285, p. 31-60, jul. 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

\_\_\_\_\_. A função das Cortes Supremas na América Latina. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 342, p. 3-12, abr./jun. 1998.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 7.

FUX, Luiz. Senado Federal. Os 50 anos de Brasília. Por uma justiça ágil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 187, p. 161-171, 2010.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

- LIEBMAN, Enrico Tullio. Perspectivas do recurso extraordinário. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 85, n. 451-453, p. 601-605, jan./mar. 1941.
- LIMA, Alcides de Mendonça. A marcha processual do recurso extraordinário. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 37, p. 10-16, jan./fev. 1959.
- \_\_\_\_\_. Recurso extraordinário e recurso especial. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- LINS E SILVA, Evandro. O recurso extraordinário e a relevância da questão federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 485, p. 11-15, mar. 1976.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- \_\_\_\_\_. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito processual civil*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1963. v. 4.
- MARTINS, Pedro Batista. *Recursos e processos da competência originária dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- OLIVEIRA, Candido de. Algumas notas sobre o recurso extraordinário. *Revista do Supremo Tribunal Federal*, Rio de Janeiro, v. 43, p. 267-289, ago. 1922.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PESSOA, Epitacio. Do recurso extraordinário. *Revista do Supremo Tribunal Federal*, Rio de Janeiro, v. 38, p. 255-293, mar. 1922.
- PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. t. 4.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1965. v. 1.
- SEABRA FAGUNDES, M. A Reforma do Poder Judiciário e a Reestruturação do Supremo Tribunal Federal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 215, p. 5-12, jul./set. 1966.
- SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no Direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. A função dos tribunais superiores. In: MACHADO, Fábio Cardoso; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). *A Reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- SOUZA, Carlos Aureliano Motta de. *O papel constitucional do STF: uma nova aproximação sobre o efeito vinculante*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Repercussão geral no recurso extraordinário (Lei nº 11.418) e súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (Lei nº 11.417). *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 18, p. 5-32, maio/jun. 2007.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Fundamentos do processo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 855, p. 11-29, jan. 2007.



# Breves reflexões sobre a efetividade do processo e o papel do Juiz no Brasil

Henrique Nelson Calandra e Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera

## Sumário

1. Introdução. 2. O volume excessivo de demandas e a efetividade do processo. 3. Momentos de influência: a importância da *judicial review* norte-americana ao Brasil na proteção dos direitos e garantias fundamentais. 3.1. A justiciabilidade dos direitos e o papel atual do Judiciário na interpretação da Constituição. 4. Tempo e segurança jurídica, poderes do juiz e pacificação social dos conflitos. 5. Conclusões.

## 1. Introdução

Este ensaio tem por objetivo breve análise da busca pela efetividade do processo, bem como da adequada atuação do Estado-juiz na tutela dos direitos fundamentais positivados na Constituição. A primeira parte do estudo apontará, de forma sucinta, algumas das principais causas da crise da efetividade do processo; esta compreendida como “aptidão para produzir concretamente os resultados dele esperados” (BEDAQUE, 2010, p. 32) e hoje considerada uma das grandes preocupações nas democracias ao redor do mundo. Em segundo plano, será traçada, de forma sintética, a influência da *judicial review* norte-americana ao sistema legal brasileiro e o papel do Judiciário na proteção e garantia dos valores fundamentais previstos na Constituição. Fixadas tais premissas, a terceira parte do estudo tratará da relevância da adequada atua-

Henrique Nelson Calandra é Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo. Professor Emérito da Escola Paulista da Magistratura. Presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB. Ex-Presidente do Grupo Ibero Americano da União Internacional de Magistrados.

Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera é Juiz de Direito em São Paulo. Mestre em Direito Comparado (MCL) pela *Cumberland School of Law, Samford University*. Membro do Instituto de Direito Comparado Brasil-Japão e do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais - CEBEPEJ. Diretor-Adjunto da Secretaria de Assuntos Legislativos da AMB - Associação dos Magistrados Brasileiros.



ção do juiz e de seus respectivos poderes instrutórios como instrumento adequado para a pacificação social dos conflitos, que é, ao fundo, o mais relevante objetivo do processo.

## 2. O volume excessivo de demandas e a efetividade do processo

No contexto da crise da efetividade do processo, não raro aponta-se, como uma de suas principais causas, o excessivo volume de demandas perante o Judiciário. Tal excesso, pondera-se, não é um mal em si. Antes, relaciona-se como efeito à crescente constitucionalização de direitos fundamentais<sup>1</sup> e respectiva percepção da sociedade de que podem, atualmente, ser reclamados. Os números confirmam tal quadro. Atualmente, existem, aproximadamente, dezoito milhões de processos<sup>2</sup> no Tribunal de Justiça de São Paulo e mais de cinquenta mil recursos perante o Supremo Tribunal Federal, doravante denominada Suprema Corte.<sup>3</sup>

Ademais, não seria de todo inadequado apontar que o Brasil é, ainda hoje, uma democracia, conquanto estável, recente. Portanto, na exata medida em que o grau de conscientização da população acerca de seus direitos fundamentais tende a aumentar, o fenômeno da chamada “litigiosidade contida”, de igual modo, passa a escoar com mais força. Dito de outra forma, acaso tais direitos sejam descumpridos, muitas vezes, estarão a ingressar às portas do Judiciário. O acúmulo de demandas, pois, é algo previsível.

E aí aparece a terceira relevante causa para o excesso de demandas, intimamente relacionada à efetividade do processo.

<sup>1</sup> O tema da constitucionalização será retomado de forma mais aprofundada no item 3.1.

<sup>2</sup> Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/estrategia/index.php/tj-de-sao-paulo-entra-na-era-da-digitalizacao>>. Acesso em: 20 out. 2010.

<sup>3</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>>. Acesso em: 19 out. 2010.

Indaga-se, hoje, se os instrumentos postos à disposição do Judiciário são plenamente adequados a se atingir os propósitos que lhe foram reservados pela Constituição ou há necessidade de transformação evolutiva. Este, um dos maiores desafios atuais do processo civil brasileiro; um dos propósitos, aliás, deste novo Código de Processo Civil.

Obviamente, há vasta gama de fatores que também podem contribuir para a reconhecida crise de efetividade, que, porém, não guarda relação direta aos propósitos deste ensaio. Desse modo, três principais causas parecem contribuir para o problema da efetividade processual: excessivo volume de demandas, exponencial constitucionalização de direitos e, por fim, possível inadequação dos mecanismos processuais na tutela dos mais diversos direitos e interesses. Tais causas orbitam em um ponto central: o exercício, pelo Estado-juiz, pelo Judiciário, enfim, das funções que lhe foram previstas na Constituição da República. Para tanto, os próximos itens analisarão o contexto de sua concepção contemporânea e meios adequados de exercício da atividade.

## 3. Momentos de influência: a importância da judicial review norte-americana ao Brasil na proteção dos direitos e garantias fundamentais

A constante evolução dos direitos e garantias fundamentais ao longo do tempo indica a necessidade de que os mecanismos de sua respectiva tutela consigam fornecer, em tempo razoável, um provimento adequadamente satisfatório. Portanto, não só nos Estados Unidos, como em diversas outras democracias ao redor do mundo, a *judicial review* norte-americana<sup>4</sup> tem se

<sup>4</sup> O leitor, acaso se interesse pelo assunto, poderá encontrar artigo específico sobre a matéria, por nós escrito, intitulado: *A influência da American Judicial Review no Brasil, Japão e Alemanha*: reflexões e perspectivas sobre o papel atual do Judiciário. Homenagem ao Professor Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza. Belo Horizonte: Del Rey ed., 2009. Em breves linhas, é de-

prestado como instrumento de primeira ordem para que o Judiciário consiga realizar essa tarefa.

No Brasil, é possível indicar dois grandes momentos de influência desse importante mecanismo. O primeiro, ligado à Constituição norte-americana de 1787 (COLE, p. xxii), veio na Carta da República de 1891, em que foi prevista a tripartição de poderes e, de forma expressa, a *judicial review*.<sup>5</sup> Sálvio de Figueiredo Teixeira (2000, p. 15-34) ensina que, desde então, o país adotou o modelo americano de controle de constitucionalidade.

O segundo momento seguiu outro roteiro. Até a metade do século XX, o Japão vivia sob a Constituição de 1889, de influência da Constituição Prussiana de 1850 e do respectivo conceito de constitucionalismo monárquico (HIGUCHI, 2001, p. 4). Com o término da Segunda Guerra Mundial, por influência dos poderes aliados, a Constituição japonesa de 1946, aos moldes da Constituição norte-americana, introduziu, de forma clara, dois pontos relevantes: a *judicial review*<sup>6</sup> e a supremacia da Constituição como lei fundamental.<sup>7</sup>

A influência norte-americana já havia encontrado eco na Alemanha, mormente após *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137

---

finida como o poder de o Judiciário exercer o controle de atos e leis inconsistentes à Constituição.

<sup>5</sup> Sobre o tema, Adhemar Maciel traça detalhado histórico sobre o projeto elaborado por Ruy Barbosa, publicado sob a forma do Decreto n. 510, de 22.06.1890. Nesse mesmo ano, o Decreto n. 848, de 1890, criou o Supremo Tribunal Federal e a Justiça Federal. Portanto, no plano infraconstitucional, Ruy já estava a estabelecer balizas para o controle de constitucionalidade (MACIEL, p. 159-182).

<sup>6</sup> O art. 81 da Constituição do Japão estabelece a Suprema Corte como última instância com competência para declarar a constitucionalidade de qualquer lei, ordem, regulamento ou ato oficial. A Suprema Corte japonesa, no caso 2 Keishu 801 (Sup. Ct., G.B., 8.10.1952), declarou que a *judicial review* norte-americana foi incorporada de forma expressa no ordenamento jurídico japonês por meio do art. 81 (TOMATSU, 2001, p. 254).

<sup>7</sup> O art. 98 da Carta dispõe acerca da supremacia da Constituição sobre os demais atos do Legislativo e do Executivo.

(1803). Assim, desde a Constituição de Frankfurt de 1849, procurava-se garantir à Suprema Corte Alemã a competência para o julgamento de questões constitucionais (HOFFMANN-RIEM, 2004). Tal Constituição, embora não tenha sido bem sucedida, influenciou a de Weimar (ROGEIRO, 1996, p. 30), no tema do controle de constitucionalidade das leis.<sup>8</sup> Contudo, somente em 1949, em atenção às exigências dos “Documentos de Frankfurt”, que eram, na essência, as anotações de MacArthur ao Japão,<sup>9</sup> promulgou-se a Lei Fundamental da Alemanha e, em 1951, a Corte Federal Constitucional foi criada já voltada à proteção dos direitos fundamentais.

A excelente técnica da constituição alemã foi de notável influência a Portugal na redação da Carta de 1976 (MOREIRA, 1999), de caráter programático explícito. Esse modelo português estabeleceu, então, base para a Constituição Brasileira de 1988. Não por outra razão, Fiuza aponta que o controle de constitucionalidade, exercido pelo Tribunal Constitucional lusitano, tem sido bem realizado, aqui, pela Suprema Corte brasileira (FIUZA, p. 105).

Traçada, em breves linhas, a influência do constitucionalismo norte-americano no Brasil, cabem duas relevantes considerações. Primeiro, o sistema brasileiro é caracterizado, a exemplo do norte-americano, pela tripartição dos poderes, com um Judiciário forte e independente, pré-requisito essencial para a manutenção da estabilidade dos valores democráticos previstos na Constituição. Assim, o controle judicial norte-americano foi incorporado sob as mais diferentes matizes nesses países, sem perder, porém, sua essência. Segundo, a importância da adequada compreensão da

---

<sup>8</sup> RGZ 111, 320 (1925).

<sup>9</sup> Os “Documentos de Frankfurt” surgiram como fruto de negociações dos poderes aliados para o estabelecimento dos princípios fundamentais da Constituição da Alemanha Ocidental. Consistiam, basicamente, nas anotações do General MacArthur quando ocupava o cargo de SCAP no Japão (OTAKE, 2001, p. 56-58).

*judicial review* para que possa, então, dentro do possível, ser compatibilizada à cultura legal brasileira.

### 3.1. A *justiciabilidade dos direitos e o papel atual do Judiciário na interpretação da Constituição*

Os Estados Unidos desenvolveram um regime democrático e republicano estável, protegido por uma Constituição escrita, sucinta e de expressões amplas. Bem assim, a tripartição dos poderes e repartição de competências consubstanciou a teoria dos *checks and balances*; fato que elevou o Judiciário como terceiro poder de fato. Hamilton já desenhara um Judiciário enquanto poder intermediário entre o povo e o legislativo (HAMILTON, 2003, p. 466), com função precípua de interpretar as leis ao caso concreto. Marshall adotou tais ideias no mencionado caso *Marbury v. Madison*, em que estabeleceu os fundamentos para a *American judicial review*.

As constituições dirigentes procuraram, sob outra perspectiva, a legitimação do próprio poder, a impor diretrizes mais claras ao *Estado de direito democrático* (CANOTILHO, 2003, p. 100). Foi nesse contexto que o poder constituinte lusitano, a fim de garantir maior proteção ao regime democrático, positivou princípios e preceitos na Carta de 1976, que influiu de modo decisivo à Constituição do Brasil de 1988. Isso, de fato, vinculou a atividade do Judiciário aos comandos e princípios estabelecidos na Constituição e vedou a utilização de outros que lhes fossem contrários. De outro ângulo, porém, conferiu extenso campo para que interpretasse as normas e princípios positivados na Carta. Consequência lógica é que a análise das questões constitucionais pelo Judiciário tende a ser proporcional à própria positivação das normas e preceitos na Constituição. Cappelletti, nesse sentido, menciona que:

“Os poderes cada vez maiores dos órgãos legislativo e executivo justificam, e inclusive exigem, um crescimento

paralelo do poder judicial com a finalidade de conservar um sistema equilibrado. Este é um inevitável princípio do sistema de ‘freios e contra-pesos’” (CAPPELLETTI, 2008, p. 157-158).

Na medida em que há, portanto, expressa previsão, na Constituição, de direitos e princípios, ainda que de diferenciada densidade normativa, a questão, por pressuposto, poderá ser vista pelo Judiciário. Ora, se a Suprema Corte assume o compromisso de promoção da justiça constitucional, e, com isso, pareia-se a outras grandes Cortes Superiores ao redor do mundo, como a Suprema Corte norte-americana ou a alemã, razoável adotar-se também o parâmetro da *justiciability*, própria aos países de *Common Law*, e que pode ser definida como a aptidão ou estado de ser cabível a apreciação de determinada questão pelo Judiciário. O exame aprofundado desse conceito foge aos limites deste estudo; antes, é apenas sugerido como filtro de admissibilidade de determinado caso ou controvérsia no campo do Judiciário.

Estabelecida, portanto, a precípua missão constitucional do Judiciário na garantia dos direitos e garantias fundamentais, a *judicial review* assume relevante papel, de forma a que muitas das questões hoje tratadas pelo Judiciário poderão, também, ser analisadas ao ponderado critério da *justiciability*.

### 4. *Tempo e segurança jurídica, poderes do juiz e pacificação social dos conflitos*

A *judicial review* e a *justiciability* estão na base de um *Estado de direito democrático*. Sobre tais balizas, é possível se falar em acesso à ordem jurídica justa, expressão consagrada por Kazuo Watanabe. A questão, assim, não se resume no simples ingresso da sociedade às portas do Judiciário. A passagem da sociedade não pode se transformar em estadia inútil e permanente, em evidente eternização dos conflitos; deve, antes, na medida do possível, ser eficaz e breve.

Aí, então, transparece um dos mais difíceis desafios do moderno processo civil no que diz respeito à conciliação harmônica de duas forças que caminham, quase sempre, em sentidos opostos.

De um lado, a urgente necessidade do jurisdicionado pelo bem da vida impõe que o tempo de duração do processo seja, invariavelmente, o mais breve possível. Atende-se, com isso, à eficácia do processo. Sacrifica-se, muitas vezes, o adequado contraditório, o que leva à situação de incerteza e insegurança jurídicas.

De outro, há a necessidade de adequada cognição do processo (WATANABE). Em regra, quanto mais amplo e exauriente o grau de cognição, maior o grau de certeza dentro do processo. Portanto, maior a segurança jurídica. O fator negativo consiste no tempo de duração do processo.

A óbvia, porém difícil, premência de conciliação entre essas duas forças gerou diversas soluções de inegável relevância. Talvez uma das mais importantes seja a utilização, cada vez mais frequente, das tutelas cautelar e antecipada. Nesse contexto, Bedaque identificou, com sagacidade, as tutelas sumárias de urgência, a constituir o gênero da qual aquelas – cautelar e antecipada – seriam espécie (BEDAQUE, 2010, p. 412).

Aliás, o atual Projeto de lei do novo Código de Processo Civil prevê, no Título IX, as medidas de tutela de urgência e, também, as de evidência, nos arts. 269 a 286. Destaca-se, aí, a redação dos arts. 269 e 276:

“Art. 269. A tutela de urgência e a tutela da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento, sejam essas medidas de natureza cautelar ou satisfativa.

§ 1º São medidas satisfativas as que visam a antecipar ao autor, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida.

§ 2º São medidas cautelares as que visam a afastar riscos e assegurar o resultado útil do processo.

§ 3º As medidas satisfativas poderão ser requeridas na petição inicial ou no curso do processo.

§ 4º As medidas cautelares poderão ser requeridas antecedentemente à causa principal ou incidentalmente.

(...)

Art. 276. Para a concessão de tutela de urgência, serão exigidos elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

*Parágrafo único.* Na concessão liminar da tutela de urgência, o juiz poderá exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer, ressalvada a impossibilidade da parte economicamente hipossuficiente.”

A tutela de evidência, baseada não só no risco da ineficácia, como, também, no grau de certeza do direito ou propósito protelatório da parte contrária, foi prevista no art. 278:

“Art. 278. Será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando:

I – ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido;  
II – um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva;

III – a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou

IV – a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante.

*Parágrafo único.* Independência igualmente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que

o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.”

Merece aplausos o legislador na nítida busca pela efetividade do processo. Tem-se que a expressa previsão da tutela de urgência, repita-se, é de extrema importância. A combater a crise da ineficácia do processo, a tutela liminar ou antecipada poderá remediar a violação ao direito postulado, conquanto haja respeito ao devido processo legal.

Contudo, o uso exponencial desse gênero de tutela (sumária) talvez sinalize que a tutela ordinária, em regra concedida em cognição ampla e exauriente, após regular marcha processual, tem se tornado, cada vez mais, de pouca ou nenhuma eficácia.

E aí, o debate recai nas hipóteses em que a tutela sumária não puder ser concedida pela ausência da plausibilidade do direito, mas existir o risco de dano de difícil reparação. O juiz, então, deparar-se-á com questões como: é possível conciliar, sempre, a celeridade com a segurança jurídica? Quanto do devido processo legal é devido?

As respostas residem, é fato, em cada caso concreto, pois a atividade cognitiva do juiz encerra diversas etapas. Dinamarco (2009, p. 231) descreve, de modo preciso, o ato de julgar:

“(…) a realidade da vida que chega ao juiz, no drama de cada processo, é muito mais complexa e intrincada, solicitando dele uma sensibilidade muito grande para a identificação dos fatos e enquadramento em categorias jurídicas, para a descoberta da própria verdade quanto às alegações de fato feitas pelos litigantes e sobretudo para a determinação do preciso e atual significado das palavras contidas na lei. Examinar as provas, intuir o correto enquadramento jurídico e interpretar de modo correto os textos legais à luz dos grandes princípios e das exigências sociais do tempo – eis a grande tarefa do juiz, ao sentenciar.

Entram aí as convicções sócio-políticas do juiz, que não de refletir as aspirações da sociedade; o juiz indiferente às escolhas axiológicas da sociedade e que pretenda apegar-se a um exagerado literalismo exegético tende a ser injusto, porque pelo menos estende generalizações a ponto intoleráveis, tratando os casos peculiares como se não fossem portadores de peculiaridades, na ingênua crença de estar com isso sendo fiel ao direito”.

O exame atento do caso leva, nessas situações, a que o juiz possa, desde logo, ter caráter ativo na condução do processo, sem que isso lhe comprometa, de forma alguma, a imparcialidade. Ao contrário, a se considerar que o caráter da distribuição das provas é dinâmico ao longo do processo, o juiz, então, poderá, desde logo, determinar a produção de prova que seja *relevante* para o julgamento do caso.

O atual art. 130, Código de Processo Civil, é expresso quanto a isso. Mais uma vez, digna de aplausos a manutenção dessa norma no art. 354 do projeto:

“Art. 354. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento da lide.

*Parágrafo único.* O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

E a norma do art. 358 prevê, de forma explícita, a distribuição do ônus da prova, a considerar a maior ou menor facilidade da parte em sua respectiva obtenção ou produção:

“Art. 358. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto



no art. 357, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.”

Pondera-se que, assim, o juiz poderá determinar, sempre em atenção ao caso concreto, a distribuição dinâmica da produção da prova. E, em casos em que haja urgência no provimento a ser concedido, acaso a parte consiga demonstrar a plausibilidade do direito no decorrer da instrução, nada, portanto, impedirá que se conceda a tutela sumária.

A distribuição adequada do ônus da prova, a ser conduzida pelo juiz, é, portanto, uma das medidas mais adequadas para se harmonizar os valores contrapostos, quais sejam, celeridade e segurança jurídica.

Ainda nesse contexto, defende-se a ideia de que o juiz poderá determinar a produção de provas que forem relevantes, sejam elas documentais, periciais, orais ou produzidas por quaisquer outros meios, independentemente de ordem, a se combater o formalismo excessivo. Para que, ainda, se confira eficácia aos atos de condução do processo, é preciso que quaisquer das medidas que sejam adotadas (multas, *contempt of court* etc.) guardem direta relação de proporcionalidade e propiciem, em cada caso, à consecução do bem da vida postulado no caso. Por exemplo, a imposição dos efeitos de preclusão de ônus da prova ou de constrição do patrimônio do devedor em determinado caso poderá ser mais eficaz do que impor à parte que produza determinada prova ou cumpra a obrigação originalmente imposta.

Deve-se apenas evitar prejuízo às partes; o objetivo final é atingir, em tempo mais breve, a segurança jurídica necessária para o adequado provimento jurisdicional. A partir do momento em que tais critérios puderem ser adotados, o escopo da pacifi-

cação social dos conflitos, sem dúvida, será consequência direta.

## 5. Conclusões

Os problemas são vários. As soluções também. O texto destacou algumas delas. Não se ignora, obviamente, a importância e necessidade do tratamento molecular das demandas originadas das relações de massa, a evolução e necessário regramento adequado dos métodos alternativos de resolução de conflitos, mecanismos adequados de distribuição de justiça, entre outros. Nestas breves considerações, optou-se em contextualizar, de forma bastante sucinta, a busca da efetividade do processo.

Três principais causas guardam íntima relação à crise da efetividade: excessivo volume de demandas, exponencial constitucionalização de direitos e necessidade de readequação dos instrumentos postos no campo do processo civil moderno.

Para que a análise fosse viável, destacou-se a base constitucional para o adequado exercício da atividade judicial por meio do uso adequado da *judicial review* norte-americana e da *justiciability* como premissas estruturais de um *Estado de direito democrático*.

Então, alicerçada em tais fundamentos, estudou-se a importância do papel do juiz e, portanto, de seus respectivos poderes, na condução adequada do processo como meio para que se atinja o máximo grau de eficácia, umbilicalmente ligado à pacificação social dos conflitos. O tipo de provimento a ser dado deverá guardar relação, sempre que possível, à *justiciability* de cada caso e a provimento razoável, célere e eficaz à sociedade.

## Referências

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

\_\_\_\_\_. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros. 2003.



- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*. São Paulo: S. A. Fabris, 2008. v. 1.
- COLE, Charles. *Comparative Constitutional Law: Brasil and the United States*. Birmingham: Samford University Press, 2006.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito Constitucional Comparado*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- HAMILTON, Alexander. *The Judiciary Department*. In: THE FEDERALIST. The Federalist Papers. Alexander Hamilton, James Madison, John Jay. New York: New American Library. 2003. n. 78-83.
- HIGUCHI, Yoichi. *Five Decades of Constitutionalism in Japanese Society*. Tokyo: University of Tokyo Press, 2001.
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Two Hundred Years of Marbury v. Madison: The Struggle for Judicial Review of Constitutional Questions in the United States and Europe. *German Law Journal*, v. 5, n. 6, p. 685-701, June 2004. Disponível em: <[http://www.germanlawjournal.com/pdf/.Vol05No06/PDF\\_Vol\\_05\\_No\\_06\\_685-701\\_EU\\_Hoffmann-Riem.pdf](http://www.germanlawjournal.com/pdf/.Vol05No06/PDF_Vol_05_No_06_685-701_EU_Hoffmann-Riem.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2008.
- MOREIRA, Vital. 50 Anos da Lei Fundamental Alemã. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 1, n. 2, jun. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_02/Conti\\_alema.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_02/Conti_alema.htm)>. Acesso em: 1 out. 2010.
- OTAKE, Hiedo. Two Contrasting Constitutions in the Postwar World: The Making of the Japanese and the West German Constitutions. *Five Decades of Constitutionalism in Japanese Society*. Tóquio: University of Tokyo Press, 2001.
- ROGEIRO, Nuno. *A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A Súmula e Sua Evolução no Brasil. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, ano 24, n. 179, p. 15-34, nov./dez. 2000.
- TOMATSU, Hidenori. Judicial Review in Japan: An Overview of Efforts to Introduce U.S. Theories. *Five Decades of Constitutionalism in Japanese Society*. Tóquio: University of Tokyo Press, 2001.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999.

# O novo CPC e a mediação

## Reflexões e ponderações

Humberto Dalla Bernardina de Pinho

### Sumário

1. Considerações iniciais. 2. Breve evolução legislativa. 3. Conceito de mediação: contribuições do direito estrangeiro. 4. Principais características e a necessária distinção entre mediação e os demais mecanismos alternativos de solução de conflitos. 5. Comentários sobre os dispositivos do PL 8.046/10. 6. Considerações finais.

#### *1. Considerações iniciais*

Em Seminário realizado no Salão Negro do Ministério da Justiça, em Brasília, no dia 12 de abril de 2011, um passo histórico foi dado em direção à mais completa democratização do processo legislativo em termos de edição de um novo Código.

Reuniram-se a Comissão de Juristas encarregada pelo Presidente do Senado de elaborar o Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, o Senador Valter Pereira, responsável pela relatoria do texto, membros da Câmara dos Deputados, que neste momento examina o documento, integrantes da Academia e um público de alunos e professores, todos capitaneados pelo Ministério da Justiça, com o objetivo de alçar a discussão pública do texto do novo CPC a níveis jamais vistos anteriormente.

Com o Seminário, foi lançado o “debate público *on line*” sobre o texto do Projeto de Lei nº 8.046/10, por meio do sítio [www.participacao.mj.gov.br/cpc](http://www.participacao.mj.gov.br/cpc).

Humberto Dalla Bernardina de Pinho é Professor Adjunto de Direito Processual Civil da UERJ, Mestre e Doutor em Direito pela UERJ, Pós-doutor em Direito pela Uconn Law School e Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

Na fala do Sen. Valter Pereira, foi lembrada a sabatina do saudoso Min. Menezes Direito no Senado, quando este, durante sua exposição, fascinou e ao mesmo tempo aterrorizou os senadores, simulando uma hipotética ação indenizatória e a quantidade de recursos, em cascata, que poderiam ser apresentados a partir de uma simples decisão interlocutória.

A partir deste momento, ficou clara a necessidade de uma reforma ampla, não apenas da etapa recursal, mas de todo o sistema processual civil pátrio.

E essa reforma, como não poderia deixar de ser, deve ser acompanhada e sujeita ao crivo do mais extenso e transparente monitoramento dos órgãos da sociedade organizada.

Não foi por outro motivo que a Comissão, desde o início, e apesar das inúmeras e injustas críticas recebidas, fez questão de realizar atos presenciais, em diversos pontos do território nacional, bem como disponibilizar o anteprojeto para consulta, por meios eletrônicos e físicos.

Em rápido apanhado, durante o processo de consulta do texto, foram apresentadas 202 emendas parlamentares, 106 notas técnicas, 829 manifestações com propostas de cidadãos, além dos 58 projetos de leis, de iniciativa do Senado e da Câmara, que foram devidamente analisados e apensados, para fins de sistematização.

E todas essas manifestações surtiram efeito.

Dos 970 artigos que compunham o projeto original, 447 foram alterados e 75 novos artigos foram inseridos. E, ao longo de todo o processo, a Comissão de Juristas foi permanentemente consultada, a fim de que não se desfigurasse a concepção inicial.

Parece-me que todo esse cuidado e os números não indicam outro resultado a não ser uma redação que busca compatibilizar o entendimento doutrinário com o clamor popular, consolidando a legitimidade democrática do Projeto, que visa a substituir nosso atual *Codex*, editado há apenas 38 anos.

Se por um lado parece pouco tempo para se pensar em mexer num Código, por outro, os enormes e incomensuráveis avanços tecnológicos, econômicos, sociais, políticos e, sobretudo, culturais, neste período, estão a demandar, há algum tempo, a atualização do ordenamento positivado.

E quer me parecer que essas alterações são tão profundas que não bastaria uma simples atualização do Código Buzaid. Isso até foi feito.

Segundo o Relatório apresentado pelo Senador Valter Pereira, por ocasião da votação do Projeto no Senado, desde 1973 foram editadas nada menos do que 65 leis que modificaram o CPC. Não estão computadas aqui as leis extravagantes que instituem ou modificam certos procedimentos.

E muitas outras poderiam ter sido editadas. Ainda segundo o Relatório, cinquenta e oito proposições legislativas, ou seja, anteprojeto menores ou setorizados, já apresentados, foram apensados ao PLS 166/10.

É preciso registrar, ainda, que em 2004, com a Emenda Constitucional 45, uma nova era foi inaugurada e as incompatibilidades entre o Código e o novo sistema implantado começaram a ficar indisfarçáveis.

Mesmo assim, dezenas de leis foram editadas entre 2005 e 2009, mas não se alcançou o resultado desejado em termos de efetividade, e, como efeito colateral, o Código se desfigurou, após tantas intervenções.

Feito esse breve intróito, entre tantas inovações trazidas pelo texto, vamos nos debruçar, a seguir, sobre a mediação. Faremos um rápido apanhado do histórico do tema, em termos de proposições legislativas. A seguir, buscaremos limites conceituais e traços distintivos dos demais mecanismos de solução alternativa de conflito, examinaremos os principais pontos do texto do Projeto de Lei nº 8.046/10 e, por fim, apresentaremos nossas ponderações e reflexões, com o objetivo de lançar luzes sobre alguns pontos que, a nosso sentir, ainda estão a merecer maior reflexão e amadurecimento.

Nossas ponderações terão por premissa a ideia segundo a qual a jurisdição, embora seja a fórmula primeira para a composição dos litígios (PINHO, 2004, p. 11), por vezes não é capaz de dar solução adequada a certos tipos de conflito (FULLER, 1978, p. 353), e, sem ingressar aqui na controvérsia acerca dos limites da adjudicação e das alegadas inconveniências dos equivalentes jurisdicionais (FISS, 1984, p. 83) num sistema processual constitucionalizado, passaremos a tecer algumas considerações sobre a mediação, como processo para a busca de uma solução de pacificação do litígio (RESTA, 2004, p. 9).

## 2. Breve evolução legislativa

No Brasil, a mediação começa a ganhar forma legislativa com o Projeto de Lei nº 4.827/98, oriundo de proposta da Deputada Zulaiê Cobra, tendo o texto inicial levado à Câmara uma regulamentação concisa, estabelecendo a definição de mediação e elencando algumas disposições a respeito (PINHO, 2008, p. 12).

Na Câmara dos Deputados, já em 2002, o projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e enviado ao Senado Federal, onde recebeu o número PLC 94, de 2002.

Ocorre que em 1999 o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) já havia constituído comissão para elaborar um anteprojeto de lei sobre a mediação no processo civil, que culminou com diversos debates públicos e a elaboração de um texto final. O texto foi apresentado ao governo federal. Diante da existência do projeto de lei da Dep. Zulaiê Cobra, já aprovado na Câmara, o Ministério da Justiça realizou audiência pública, convidando a Deputada, as pessoas que com ela colaboravam, o IBDP e demais organizações sociais envolvidas com o tema da mediação.

Após essas diligências, foi elaborado um texto de consenso com a Deputada e estabelecida a estratégia de encaminhamento

ao Relator do Projeto no Senado Federal, Senador Pedro Simon, solicitando-lhe que o apresentasse como substitutivo. O Senador Pedro Simon, todavia, apresentou substitutivo inspirado no texto elaborado pelo IBDP, mas alterado em seus aspectos principais.

O Governo Federal, no entanto, como parte do Pacote Republicano, que se seguiu à Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004 (conhecida como “Reforma do Judiciário”), apresentou diversos projetos de lei modificando o Código de Processo Civil, o que levou a um novo relatório do PL 94.

O Governo resolveu, então, encaminhar um projeto de lei autônomo, cujo texto foi elaborado pelo IBDP. Em 14 de março de 2006, o relatório reformulado foi recebido e aprovado, na forma de seu substitutivo, pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ). Foi aprovado o substitutivo (Emenda nº 1-CCJ), ficando prejudicado o projeto inicial, tendo sido o substitutivo enviado à Câmara dos Deputados no dia 11 de julho. Em 1º de agosto, o projeto foi encaminhado à CCJC, que o recebeu em 7 de agosto. Desde então não se teve mais notícia do referido projeto. Uma consulta recente ao sítio da Câmara mostra que o projeto está paralisado desde abril de 2007.

Quando já se perdiam as esperanças de uma positivação da mediação em nosso Direito, eis que, em 2009, foi convocada uma Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro Luiz Fux, com o objetivo de apresentar um novo Código de Processo Civil. (PINHO, 2011, p. 2).

Em tempo recorde, foi apresentado um anteprojeto, convertido em projeto de lei (nº 166/10), submetido a discussões e exames por uma comissão especialmente constituída por senadores, no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal. Em dezembro de 2010, foi apresentado um substitutivo pelo Senador Valter Pereira, que foi aprovado pelo Pleno do Senado com duas pequenas alterações.

O texto foi então encaminhado à Câmara dos Deputados, onde foi identificado como Projeto de Lei nº 8.046/10.

No início deste ano de 2011, foram iniciadas as primeiras atividades de reflexão sobre o texto, ampliando-se, ainda mais, o debate com a sociedade civil e o meio jurídico, com a realização conjunta de atividades pela Comissão, pela Câmara dos Deputados e pelo Ministério da Justiça.

Na redação atualmente disponível do Projeto, podemos identificar a preocupação da Comissão com os institutos da conciliação e da mediação, especificamente nos artigos 144 a 153, que serão adiante examinados.

### 3. Conceito de mediação: contribuições do direito estrangeiro

Chiara Besso, uma das grandes estudiosas do tema no direito italiano, assim descreve a mediação: “è il procedimento nel quale un terzo, il mediatore, facilita la comunicazione e la negoziazione tra le parti in conflitto, assistendole nel raggiungere un accordo, da loro volontariamente scelto”. (BESSO, 2010, p. 33).

Helena S. Muñoz, comentando o ordenamento espanhol, ensina que “la mediación es un procedimiento a través del cual un tercero imparcial ayuda a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo. La esencia de la mediación que refleja esta definición es la autonomía de la voluntad de las partes: son las partes las que llegan a un acuerdo, libremente, y auxiliadas por un tercero, que, consecuentemente, ha de ser imparcial. Por otra parte, esta perspectiva de la mediación se encuentra vinculada al conflicto que es objeto o puede ser objeto de un proceso”. (MUÑOZ, 2009, p. 3)

O *Uniform Mediation Act* (2001, p. 3) dispõe em seu item (1): “*Mediation means a process in which a mediator facilitates communication and negotiation between parties to assist them in reaching a voluntary agreement regarding their dispute*”.

Apresentando uma visão mais pragmática, Goldberg (2003, p. 111) afirma que

*“mediation is negotiation carried out with the assistance of a third party”.*

Para Gladys Stella Álvarez (2003, p. 135), a mediação constitui um “*procedimiento de resolución de disputas flexible y no vinculante, en el cual un tercero neutral – el mediador – facilita las negociaciones entre las partes para ayudarlas a llegar a un acuerdo*”.

O Projeto de Lei nº 94, em sua versão final, apresentada em julho de 2006, apresentava o seguinte conceito em seu artigo 2º:

“Art. 2º Para fins desta Lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual.”

O art. 3º da Diretiva nº 52, de 21 de maio de 2008, emitida pelo Conselho da União Europeia, define mediação como um processo estruturado no qual duas ou mais partes em litígio tentam, voluntariamente, alcançar por si mesmas um acordo sobre a resolução de seu litígio, com a ajuda de um mediador.

No Direito Italiano, como decorrência da Diretiva, foi editada a Lei nº 69, de 18 de junho de 2009, que, em seu artigo 60, autoriza o Governo a emitir decreto legislativo sobre mediação e conciliação em matéria civil e comercial, de acordo com o Direito Comunitário.

Regulamentando esta Lei, em 4 de março de 2010 foi editado o Decreto Legislativo nº 28, que traz o seguinte conceito:

“Art. 1 Definizioni. 1. Ai fini del presente decreto legislativo, si intende per: a) mediazione: l’attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o piu’ soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa;”

Na Argentina, a Lei nº 26.589/10, que substituiu a Lei nº 24.573/95, não define o instituto, mas o torna obrigatório nos casos em que determina, a exemplo do que ocorre no sistema italiano.

Na Espanha, onde a atividade de mediação está extremamente desenvolvida nas diversas Províncias, há hoje um anteprojeto para regulamentar, em âmbito nacional, a mediação. Segundo este documento, é apresentada a seguinte definição:

*“Artículo 1. Concepto. A los efectos de esta Ley se entiende por mediación aquella negociación estructurada de acuerdo con los principios de esta ley, en que dos o más partes en conflicto intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo para su resolución con la intervención de un mediador”.*

Na França, o Decreto nº 96.652, de 22 de julho de 1996, inseriu, no Novo Código de Processo Civil (*Nouveau Code de Procédure Civile - NCPC*), capítulo dispondo acerca da possibilidade de o juiz remeter o conflito à mediação caso as partes concordem em participar do processo.

No modelo francês, essencialmente incidental, o que mais chama a atenção é a amplitude da intervenção judicial no processo de mediação. A lei permite, por exemplo, que o juiz coloque fim ao procedimento, a requerimento das partes ou mesmo de ofício; determina que o mediador o mantenha informado de todas as dificuldades que encontrar na mediação; e lhe outorga, inclusive, a responsabilidade de fixar a remuneração do mediador. O processo de mediação se desenvolve, assim, integralmente, sob os auspícios do Poder Judiciário.

Temos sustentado, numa definição simples e direta, que a mediação é o procedimento por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial, que irá contribuir na busca pela solução do conflito (PINHO, 2005, p. 108). Esse terceiro não tem a missão de decidir (e nem a ele foi dada autorização para tanto). Ele apenas

auxilia as partes na obtenção da solução consensual.

Quer me parecer que a mediação é muito mais um conjunto de técnicas, experiências e hábitos culturais, que vão se estabelecendo na comunidade, do que uma definição teórica.

Gosto muito da ideia do saudoso e inesquecível Luis Alberto Warat (2001, p.31), para quem o objetivo da mediação não seria o acordo, mas a mudança das pessoas e seus sentimentos. Somente dessa forma seria possível transformar e redimensionar o conflito.

Essa ideia parte da premissa segundo a qual os conflitos nunca desaparecem. Apenas se transformam e precisam ser gerenciados.

#### *4. Principais características e a necessária distinção entre mediação e os demais mecanismos alternativos de solução de conflitos*

Inicialmente, é bom que se esclareça que o uso dos mecanismos alternativos de conflitos pode se dar por três formas (REUBEN, 2000, p. 971): (1) pela vontade das partes; (2) por força de lei; e (3) por determinação judicial. Cada ordenamento jurídico faz sua opção política, como veremos adiante.

De qualquer forma, fica desde logo afastada qualquer ideia de que os meios alternativos conduzem à privatização do processo. Nesse sentido, não custa lembrar o ensinamento de Barbosa Moreira (2001, p. 11): “falar em privatização do processo é uma expressão, nalguns casos, inadequada; noutros, falsa; em todos, perigosa”.

Pelos conceitos que foram apresentados, podemos afirmar que a mediação se difere da negociação justamente pela presença do terceiro mediador, que terá como função primordial auxiliar as partes a resolver seu conflito.

Normalmente essas partes, após um fracassado processo de negociação, chegam a conclusão de que não são capazes, por



elas próprias, de remover os obstáculos que impedem a celebração do acordo. Buscam, num terceiro, uma forma de viabilizar a via consensual, que sabem existir, embora não sejam capazes de encontrá-la.

Mas é possível também, e é preciso que se advirta dessa possibilidade, que a via consensual esteja irremediavelmente obstruída, por conta um relacionamento já desgastado pelo tempo, pelas intempéries de uma ou ambas as partes e ainda pela falta de habilidade em lidar com o conflito.

Nesse caso, deve se recorrer à adjudicação ou decisão forçada, hipótese em que um terceiro deverá, após se certificar de que não há mais possibilidade de acordo, emitir um juízo de valor acerca da situação concreta na qual os interesses das partes estão contrapostos (PINHO, 2008, p. 178).

A adjudicação vai assumir, basicamente, a forma ou de arbitragem ou de jurisdição.

Na arbitragem, as partes maiores e capazes, divergindo sobre direito de cunho patrimonial, submetem o litígio ao terceiro (árbitro), que deverá, após regular procedimento, decidir o conflito, sendo tal decisão impositiva.

Há aqui a figura da substitutividade, eis que há a transferência do poder de decidir para o árbitro, que por sua vez é um juiz de fato e de direito.

A arbitragem pode ser convencionada antes (cláusula compromissória) ou depois (compromisso arbitral) do litígio, sendo certo ainda que o procedimento arbitral pode se dar pelas regras ordinárias de direito ou por equidade, conforme a expressa vontade das partes.

A segunda forma de adjudicação é a jurisdição, monopólio do Estado, que hoje é ainda o instrumento mais utilizado na solução dos conflitos no Brasil.

Nela não há limites subjetivos (de pessoas) ou objetivos (de matéria). Ademais, ostenta a característica da coercibilidade e autoexecutoriedade, o que não ocorre na arbitragem.

Mas, não custa lembrar, apenas a jurisdição é monopólio do Estado e não a solução dos conflitos.

Vistas essas notas conceituais e definida a amplitude da mediação, analisemos mais a fundo sua consistência.

Para Boaventura Santos (1988, p. 23), só a mediação poderia subverter a separação entre o conflito processado e o conflito real, separação que domina a estrutura processual do direito do estado capitalista e que é a principal responsável pela superficialização da conflituosidade social na sua expressão jurídica.

Três são os elementos básicos para que possamos ter um processo de mediação: a existência de partes em conflito, uma clara contraposição de interesses e um terceiro neutro capacitado a facilitar a busca pelo acordo.

Com relação às partes, podem ser elas pessoas físicas ou jurídicas. Podem ser também entes despersonalizados, desde que se possa identificar seu representante ou gestor. Podem ser ainda menores, desde que devidamente assistidos por seus pais (veja-se, por exemplo, a utilidade da mediação em conflitos juvenis e escolares e a sua potencialidade como instrumento de prevenção ao envolvimento de adolescentes com atividades criminosas).

O segundo elemento, conflito, delimita a amplitude da atividade a ser desenvolvida pelo mediador. É preciso deixar claro que a mediação não se confunde com um processo terapêutico ou de acompanhamento psicológico ou psiquiátrico.

É certo que é extremamente desejável que o profissional da mediação tenha conhecimentos em psicologia e, sobretudo, prática em lidar com as relações humanas e sociais. Contudo, deve haver um limite claro para a sua intervenção, sob pena de se perder o foco e tornar o processo abstrato, interminável e, portanto, infrutífero.

Por fim, o mediador deve ser pessoa neutra, equidistante das pessoas envolvidas no litígio e que goze de boa credibili-

dade. Deve ser alguém apto a interagir com elas, mostrar-se confiável e apto a auxiliar concretamente no processo de solução daquele conflito.

Em regra, a mediação é um procedimento extrajudicial. Ocorre, como visto acima, antes da procura pela adjudicação. Contudo, nada impede que as partes, já tendo iniciado a etapa jurisdicional, resolvam retroceder em suas posições e tentar, uma vez mais, a via conciliatória.

Obviamente chegar a um acordo por meio do processo de mediação não é tarefa fácil. Exige tempo, dedicação e preparação adequada do mediador.

Seria um erro grave pensar em executar mediações em série, de forma mecanizada, como hoje, infelizmente, se faz com as audiências prévias ou de conciliação, nos juizados especiais e na justiça do trabalho.

A mediação é um trabalho artesanal (PINHO, 2010, p. 67).

Cada caso é único. Demanda tempo, estudo, análise aprofundada das questões sob os mais diversos ângulos. O mediador deve se inserir no contexto emocional-psicológico do conflito. Deve buscar os interesses, por trás das posições externas assumidas, para que possa indicar às partes o possível caminho que elas tanto procuravam.

É um processo que pode se alongar por semanas, com inúmeras sessões, inclusive com a participação de comediadores, estando as partes, se assim for de seu desejo, assistidas a todo o tempo por seus advogados, devendo todos os presentes anuírem quanto ao procedimento utilizado e à maneira como as questões são postas na mesa para exame.

Uma vez estabelecida a opção pela mediação, algumas questões devem ser objetivamente colocadas.

Em primeiro lugar, para que seja instituída a mediação, mister que exista a concordância de ambas as partes na adoção de tal meio de solução de conflitos, pois, como vimos anteriormente, a opção pela mediação é, e tem que ser, sempre voluntária.

Imprescindível que as partes estejam optando pela mediação de boa-fé e que conduzam todo o processo nessa perspectiva. Ademais, importante que as partes escolham conjuntamente um mediador (e se empenhem verdadeiramente nesse processo de escolha), que seja de sua irrestrita confiança e esteja apto a compreender aquele conflito, suas dimensões e potencialidades.

Devem as partes, a fim de garantir a aplicação das normas de razoabilidade e do devido processo legal, tomar algumas providências para oficializar o procedimento e preservar seus direitos e garantias.

Inicialmente, devem elaborar um termo de mediação (*agreement to mediate*), que deverá conter as informações relevantes no que tange à mediação, como identificação e qualificação das partes, dos seus procuradores e do mediador, o objeto da mediação e a aceitação do encargo de mediador.

Normalmente o mediador se obriga a manter sigilo sobre tudo o que for tratado, (salvo expressa autorização das partes). Deve haver ainda no termo a fixação do local e da forma como serão conduzidas as reuniões entre as partes, prazo para a conclusão dos trabalhos, forma de remuneração do mediador (e a sua divisão entre as partes submetidas à mediação), cláusula determinando o procedimento caso uma das partes desista da mediação (ou caso o próprio mediador chegue à conclusão de que aquele conflito não tem como ser mediado, ao menos naquele momento, hipótese que se denomina “denúncia à mediação”), entre outras.

O ponto chave do processo de mediação é a troca de informações e a barganha entre as partes. Essa troca de informações pode ser desenvolvida tanto em sessões conjuntas (em que estejam presentes ambas as partes, juntamente com o mediador), bem como separadamente, reunindo-se o mediador com cada uma das partes em separado. Esse último tipo de sessão é denominado *caucus* e pode ser requerido tanto pelo mediador como pelas próprias partes.

Na mediação, evita-se a polarização entre o vitorioso e o derrotado da demanda (substituição do *winner-takes-all* pelo *win-win*), além de garantir-se maior criatividade no processo decisório, com a chance de pensar *outside the box* e construir consensualmente a decisão (*tailored decision*). (GABBAY, 2011, p. 47).

Permite-se ao mediador descobrir as “motivações ocultas” das partes. É razoavelmente seguro supor que as razões expressas pelas partes em disputa como estando na base da sua atitude não sejam as únicas.

Desse modo, uma das tarefas do mediador será descobrir o que mais está a influenciar as suas posições respectivas, isto é, descobrir as “motivações ocultas”. As razões por que são mantidas ocultas podem facultar ao mediador a necessária informação para impulsionar as partes a ultrapassarem o que quer que seja que esteja a bloquear as negociações diretas.

Durante as reuniões, sejam elas em conjunto ou separadamente, caberá ao mediador a condução dos trabalhos; ele deve estar sempre à frente e no controle do processo, estimulando o debate entre as partes, sem nunca perder o foco e o objetivo de todo o trabalho.

Uma vez obtido o acordo, embora não exista regra que assim exija, normalmente será ele formalizado por escrito. Também os advogados das partes, juntamente com o mediador, devem intervir nesta fase, a fim de garantir a exequibilidade daquilo que foi acordado e a adequação às normas em vigor, evitando surpresas desagradáveis na indesejável, porém possível, hipótese de descumprimento dos termos do acordo.

Vale ressaltar que, na forma da Lei brasileira, qualquer acordo extrajudicial, assinado pelas partes, na presença de duas testemunhas, converte-se em título executivo extrajudicial na forma do art. 585, inciso II, do CPC, o que dispensa a necessidade de ajuizamento de prévio processo cognitivo.

Também é facultado às partes que submetam o acordado à homologação pelo Juiz, em hipótese de genuína jurisdição voluntária, a fim de que aquele acordo adquira o *status* de título executivo judicial, conforme o art. 475, N, inciso V, do CPC, impedindo a oposição de embargos e permitindo, apenas, a apresentação de impugnação, nas hipóteses do art. 475, L.

Contudo, é bom que se advirta, desde logo, que a mediação não deve ser utilizada para todo e qualquer caso. Cada tipo de conflito tem uma forma adequada de solução, razão pela qual se deve, sempre que possível, tentar a combinação de métodos.

Temos insistido na tese de que a mediação deve ser utilizada prioritariamente para os relacionamentos interpessoais continuados.

Mais uma vez ressalto, a questão não é de divisão ou repartição de competências entre adjudicação e mecanismos de ADRs, e muito menos de utilização generalizada de formas de solução alternativas, mas, sim, de combinação, mediante um racional e efetivo processo de triagem, no qual todos os jurisdicionados têm muito a ganhar.

## 5. Comentários sobre os dispositivos do PL 8046/10

Em primeiro lugar, é preciso enfatizar, como aliás tem sido exaustivamente repetido pelo Presidente da Comissão de Juristas encarregada do trabalho, Min. Luiz Fux, que não se trata de uma grande reforma, mas, sim, de um novo Código.

Há uma nova ideologia, um novo jeito de compreender o processo civil.

Pela leitura do texto, é possível perceber a preocupação em sintonizar as regras legais com os princípios constitucionais, revelando a feição neoconstitucional do trabalho.

Há, principalmente, dois eixos temáticos bem definidos (MARINONI, 2010, p. 60): Estado Constitucional; tutela de direitos e processo justo.

Um Código que se baseia, a meu ver (PINHO, 2010, p. 59), em duas grandes premissas. De um lado, a ampla liberdade do juiz de primeiro grau para apreciar matéria fática e, de outro, a vinculação deste mesmo juiz a um sistema rígido de precedentes oriundos das instâncias superiores.

Deseja-se um juiz ativo, num sistema que visa preservar os direitos fundamentais (garantismo processual), e cria-se, nesse mesmo sistema, um feixe de camadas de precedentes que, praticamente, impedem o juiz de ousar divergir do entendimento padronizado pelos Tribunais Superiores.

Focando agora na questão da mediação, o Título III da Parte Geral do Projeto se refere ao Juiz e aos Auxiliares da Justiça. Localizamos no Capítulo Terceiro, especificamente na Seção V, as disposições relativas aos conciliadores e mediadores judiciais.

O Projeto se preocupa, especificamente, com a atividade de mediação feita dentro da estrutura do Poder Judiciário. Isso não exclui, contudo, a mediação prévia ou mesmo a possibilidade de utilização de outros meios de solução de conflitos (art. 153).

Ficam resguardados os princípios informadores da conciliação e da mediação, a saber: (i) independência; (ii) neutralidade; (iii) autonomia da vontade; (iv) confidencialidade; (v) oralidade; e (vi) informalidade.

A confidencialidade é especialmente protegida. Os §§ 2º e 3º do art. 144 determinam que ela se estende a todas as informações produzidas ao longo do procedimento, e, ainda, que o teor dessas informações “não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes”. Ademais, conciliador e mediador (bem como integrantes de suas equipes) “não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação”.

Importante frisar, aqui, a relevância de a atividade ser conduzida por mediador profissional. Em outras palavras, a função de mediar não deve, como regra, ser

acumulada por outros profissionais, como juízes, promotores e defensores públicos.

Neste ponto específico, como um juiz poderia não levar em consideração algo que ouviu numa das sessões de mediação? Como poderia não ser influenciado, ainda que inconscientemente, pelo que foi dito, mesmo que determinasse que aquelas expressões não constassem, formal e oficialmente, dos autos?

No art. 145, a Comissão de Juristas, após anotar que a conciliação e a mediação devem ser estimuladas por todos os personagens do processo, refere uma distinção objetiva entre essas duas figuras. A diferenciação se faz pela postura do terceiro.

Assim, o conciliador pode sugerir soluções para o litígio, ao passo que o mediador auxilia as pessoas em conflito a identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo.

É o acolhimento no texto do Projeto de uma distinção que nós (PINHO, 2005, p. 179) já fazíamos há muito e que comentaremos no próximo item.

A escolha do mediador também é uma questão que mereceu tratamento adequado no Projeto. As partes podem escolher livremente o mediador ou o conciliador, havendo consenso entre elas acerca do nome deste profissional. Se não houver acordo, haverá um sorteio entre os profissionais inscritos no Tribunal (art. 146 do Projeto), que, por sua vez, manterá um registro de todos os habilitados por área profissional que preencherem os requisitos exigidos, entre os quais, apresentar certificado de capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada pelo Tribunal.

Importante ressaltar que a versão original do PLS 166/10 exigia que o mediador fosse inscrito nos quadros da OAB. Com o Relatório e o Substitutivo apresentados em 24 de novembro de 2010, prestigiou-se o entendimento majoritário na doutrina pátria, no sentido da dispensabilidade desse requisito, muito embora a recente

lei argentina tenha feito a opção contrária, mantendo a mediação como função privativa de advogados.

Esse registro conterà, ainda, informações sobre a *performance* do profissional, indicando, por exemplo, o número de causas de que participou, o sucesso ou o insucesso da atividade e a matéria sobre a qual versou o conflito. Esses dados serão publicados periodicamente e sistematizados para fins de estatística (art. 147 do Projeto).

Aqui vale uma observação.

É digno de elogio esse dispositivo por criar uma forma de controle externo do trabalho do mediador, bem como dar mais transparência a seu ofício. Por outro lado, é preciso que não permitamos certos exageros. Não se pode chegar ao extremo de ranquear os mediadores, baseando-se apenas em premissas numéricas. Um mediador que faz cinco acordos numa semana pode não ser tão eficiente assim. Aquele que faz apenas um pode alcançar níveis mais profundos de comprometimento e de conscientização entre as partes envolvidas.

Da mesma forma, um mediador que tem um *ranking* de participação em 10 mediações, tendo alcançado o acordo em todas, pode não ser tão eficiente assim. É possível que tenha enfrentado casos em que as partes já tivessem uma pré-disposição ao acordo ou mesmo que o “nó a ser desatado não estivesse tão apertado”.

Me preocupa muito a ideia do apego às estatísticas e a busca frenética de resultados rápidos. Esses conceitos são absolutamente incompatíveis com a mediação.

A Comissão, utilizando alguns dispositivos que já se encontravam no Projeto de Lei de Mediação, também se preocupou com os aspectos éticos de mediadores e conciliadores. Nesse sentido, fez previsão das hipóteses de exclusão dos nomes do cadastro do Tribunal, cabendo instauração de procedimento administrativo para investigar a conduta (art. 148).

Há, também, previsão para o impedimento (art. 149), a impossibilidade tempo-

rária (art. 150) e a chamada “quarentena” desses profissionais, que ficam impedidos, pelo prazo de um ano, contado a partir do término do procedimento, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer dos litigantes (art. 151).

Quanto à remuneração, o art. 152 do Projeto dispõe que será editada uma tabela de honorários pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Como visto, a preocupação da Comissão é com a mediação judicial. Como já afirmado, o Projeto não veda a mediação prévia ou a extrajudicial, apenas opta por não regulá-la, deixando claro que os interessados podem fazer uso dessa modalidade recorrendo aos profissionais liberais disponíveis no mercado. Imagina-se que ocorrerá com a mediação e a conciliação o que sucedeu com o advento da Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/96), que estimulou a criação de entidades arbitrais no país.

Nesse aspecto, é preciso atentar para o fato de que, como se explicitará a seguir, não há ainda no Brasil uma cultura do acordo (WATANABE, 2005, p. 689).

Entre nós, a regra ainda é o litígio, ou seja, buscar a jurisdição antes mesmo de tentar dialogar com a parte contrária ou mesmo considerar a hipótese de recorrer a um meio alternativo para a solução daquele conflito.

Diante desse quadro, consideramos que seja mais fácil para o jurisdicionado ter o primeiro contato com a mediação na sua modalidade judicial e, muitas vezes, incidental.

Isso parece ser pedagógico e este processo já se iniciou entre nós, com a edição da Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça.

Temos esperança que, com o passar do tempo, ocorra o amadurecimento da sociedade, no sentido de que passe a ter um papel mais ativo na procura de soluções e no gerenciamento dos conflitos, abandonando a atual postura de recorrer sempre e de forma automática ao Judiciário.



No mesmo sentido, veja-se a o posicionamento de Daniela Monteiro Gabbay (2011, p.78):

“Essa dinâmica relaciona-se com o papel pedagógico exercido pelo Judiciário, como um condutor dos primeiros passos rumo à institucionalização dos meios alternativos de solução de conflitos, mas que tende a se retirar quando as partes se revelam ‘preparadas’ para caminhar por conta própria, decidindo sobre a melhor forma de solucionar seus conflitos. Nessa perspectiva, é como se o papel do Judiciário em relação aos meios autocompositivos fosse instrumental, na medida em que se coloca mais ou menos presente dependendo do momento e do nível de aceitação dos meios alternativos de solução de conflitos pelas partes e pela sociedade”.

O sentido e o alcance dessas ideias serão aprofundados a seguir.

### 6. Considerações finais

Neste tópico, vamos procurar apresentar alguns pontos para reflexão, a partir do que foi dito até aqui.

Normalmente, ao fim de um procedimento exitoso de mediação, as partes compreendem que a manutenção do vínculo que as une é mais importante do que um problema circunstancial e, por vezes, temporário. A mediação é o método de solução de controvérsias ideal para as relações duradouras, como é o caso de cônjuges, familiares, vizinhos e colegas de trabalho, entre outros.

Não custa enfatizar que o melhor modelo, a nosso ver, é aquele que admoesta as partes a procurar a solução consensual, com todas as suas forças, antes de ingressar com a demanda judicial. Não parece ser ideal a solução que preconiza apenas um sistema de mediação incidental muito bem aparelhado, eis que já terá havido a movimentação da máquina judiciária, quando, em muitos dos casos, isso poderia ter sido evitado.

Por outro lado, não concordamos com a ideia de uma mediação ou conciliação obrigatória. É da essência desses procedimentos a voluntariedade. Essa característica não pode ser jamais comprometida, mesmo que sob o argumento de que se trata de uma forma de educar o povo e implementar uma nova forma de política pública.

Nos EUA, a mediação é obrigatória em alguns Estados (como é o caso da Califórnia e da Flórida, por exemplo). Na Argentina, desde outubro de 1995, foi estabelecida a obrigatoriedade da instância prévia de mediação aos processos judiciais. Tal situação se mantém na atual Lei nº 26.589/10. Semelhante situação se dá na Itália, desde o advento do Decreto Legislativo nº 28, de março de 2010.

O Projeto de Lei 94 também fazia a previsão da mediação obrigatória nas hipóteses regidas pelo art. 34 deste Diploma.

Tais modalidades criam uma espécie de condição de procedibilidade, ou seja, nos casos determinados no texto legal, o uso da mediação deve necessariamente anteceder o exame judicial, sob pena de falta de condição para o regular exercício do direito de ação.

Todas essas soluções, com o devido respeito, parecem-me equivocadas.

Mas é preciso buscar uma solução de equilíbrio entre essas duas vertentes.

Somos de opinião que as partes deveriam ter a obrigação de demonstrar ao Juízo que tentaram, de alguma forma, buscar uma solução consensual para o conflito.

Não há necessidade de uma instância prévia formal extrajudicial, como ocorre com as Comissões de Conciliação Prévia na Justiça do Trabalho; basta algum tipo de comunicação, como o envio de uma carta ou *e-mail*, uma reunião entre advogados, um contato com o *call center* de uma empresa feito pelo consumidor; enfim, qualquer providência tomada pelo futuro demandante no sentido de demonstrar ao Juiz que o ajuizamento da ação não foi sua primeira alternativa.



Estamos pregando aqui uma ampliação no conceito processual de interesse em agir, acolhendo a ideia da adequação, dentro do binômio necessidade-utilidade, como forma de racionalizar a prestação jurisdicional e evitar a procura desnecessária pelo Poder Judiciário.

Poderíamos até dizer que se trata de uma interpretação neoconstitucional do interesse em agir, que adequa essa condição para o regular exercício do direito de ação às novas concepções do Estado Democrático de Direito.

Mas esta é apenas uma das facetas dessa visão. A outra, e, talvez, a mais importante, seja a consciência do próprio Poder Judiciário de que o cumprimento de seu papel constitucional não conduz, obrigatoriamente, à intervenção em todo e qualquer conflito.

Tal visão pode levar a uma dificuldade de sintonia com o Princípio da Indelegabilidade da Jurisdição, na esteira de que o juiz não pode se eximir de sua função de julgar, ou seja, se um cidadão bate às portas do Poder Judiciário, seu acesso não pode ser negado ou dificultado, na forma do artigo 5º, inciso XXXV, da Carta de 1988.

O que deve ser esclarecido é que o fato de um jurisdicionado solicitar a prestação estatal não significa que o Poder Judiciário deva, sempre e necessariamente, ofertar uma resposta de índole impositiva, limitando-se a aplicar a lei ao caso concreto. Pode ser que o Juiz entenda que aquelas partes precisem ser submetidas a uma instância conciliatória, pacificadora, antes de uma decisão técnica.

E isso fica muito claro no Projeto do novo CPC, na medida em que o art. 118 confere uma série de poderes ao juiz, sobretudo no que se refere à direção do processo, mencionando expressamente a adequação e a flexibilização mitigada como instrumentos para se alcançar a efetividade.

Nesse passo, é evidente que a maior preocupação do juiz será com a efetiva pacificação daquele litígio, e não apenas com

a prolação de uma sentença, como forma de resposta técnico-jurídica à provocação do jurisdicionado.

Não custa lembrar, como nos indica Elídio Resta (2004, p. 119), que a conciliação tem o poder de “desmanchar” a lide, resultado esse que, na maioria dos casos, não é alcançado com a intervenção forçada do Poder Judiciário.

Importante deixar clara essa nova dimensão do Poder Judiciário, aparentemente minimalista, numa interpretação superficial, mas que na verdade revela toda a grandeza desta nobre função do Estado. Nessa perspectiva, efetividade não significa ocupar espaços e agir sempre, mas intervir se e quando necessário, como *ultima ratio* e com o intuito de reequilibrar as relações sociais, envolvendo os cidadãos no processo de tomada de decisão e resolução do conflito.

A mediação incidental judicial já pode ser feita hoje em nosso ordenamento. Sobretudo após o advento da Resolução nº 125/10 do CNJ. Contudo, nessa hipótese, como já frisamos, terá havido a movimentação da máquina judicial (apresentação da petição inicial, recolhimento de custas, despacho liminar positivo, citação do réu, prazo para contestação, diligências cartorárias, resposta do réu e designação de audiência prévia, sem contar com os inúmeros incidentes processuais que podem tornar mais complexa a relação processual).

O elemento principal, portanto, para a compreensão da mediação é a formação de uma cultura de pacificação, em oposição à cultura hoje existente em torno da necessidade de uma decisão judicial para que a lide possa ser resolvida.

Nesse sentido, o artigo 2º do Projeto de Lei de Mediação dispunha de forma inequívoca que a modalidade a ser adotada pelo Brasil seria a passiva, o que está afinado com os ordenamentos mais modernos.

O Projeto do novo CPC, como vimos acima, acolhe esse entendimento e faz a distinção teórica entre mediação e conciliação.

liação, tendo por base a postura do terceiro encarregado de compor o litígio.

Nesse ponto, mister algumas considerações.

A distinção entre mediação e conciliação, em termos acadêmicos, é tarefa um tanto árdua. Podemos, então, estabelecer três critérios fundamentais:

Quanto à finalidade, a mediação visa resolver, da forma mais abrangente possível, o conflito entre os envolvidos. Por sua vez, a conciliação contenta-se em resolver o litígio conforme as posições apresentadas pelos envolvidos.

Quanto ao método, o conciliador assume posição mais participativa, podendo sugerir às partes os termos em que o acordo poderia ser realizado, dialogando abertamente a esse respeito, ao passo que o mediador deve abster-se de tomar qualquer iniciativa de proposição, cabendo a ele apenas assistir as partes e facilitar a sua comunicação, para favorecer a obtenção de um acordo de recíproca satisfação.

Por fim, quanto aos vínculos, a conciliação é uma atividade inerente ao Poder Judiciário, sendo realizada por juiz togado, por juiz leigo ou por alguém que exerça a função específica de conciliador.

Por outro lado, a mediação é atividade privada, livre de qualquer vínculo, não fazendo parte da estrutura de qualquer dos Poderes Públicos. Mesmo a mediação paraprocessual mantém a característica privada, estabelecendo apenas que o mediador tem que se registrar no tribunal para o fim de ser indicado para atuar nos conflitos levados à Justiça.

Ademais, como referido, a mediação não deve ser utilizada na generalidade dos casos. Tal conduta equivocada levaria a uma falsa esperança em mais uma forma de solução de conflitos que não tem o condão de se desincumbir, satisfatoriamente, de certos tipos de litígios. O mediador não tem *bola de cristal* e nem *varinha mágica*.

Daí a importância, frise-se, de ser instituído um mecanismo prévio para a ten-

tativa da solução negociada dos conflitos, ainda que não necessariamente a mediação.

O autor, ao ajuizar a petição inicial, deveria alegar (e provar) ao magistrado que tentou, de alguma forma, solucionar pacificamente aquele conflito e que só está levando aquela causa ao Poder Judiciário porque não obteve sucesso em suas tentativas.

Paralelamente, a mediação deve ser conduzida por profissionais habilitados, treinados e experimentados. Deve haver um programa mínimo a ser cursado, com um número de horas de prática e, ainda, um monitoramento e transparência da conduta. Isso, aliás, está muito bem disciplinado na já referida Resolução 125 do CNJ.

Por outro lado, uma política pública só se torna consistente com o tempo e com a inserção da matéria nas grades escolares. Mediação e conciliação deveriam ser apresentadas como técnicas de solução de conflitos desde o Ensino Médio.

Toda Faculdade de Direito deveria ter, ao menos, uma dessas matérias em sua grade de disciplinas obrigatórias. Já podemos observar que hoje grandes Universidades públicas e privadas já ofertam a mediação como disciplina eletiva e um grande número de Escolas da Magistratura, em iniciativa provocada pelo Ministério da Justiça, já disponibiliza cursos de formação de mediadores.

Ademais, os escritórios-modelo deveriam incluir um período de *clínica de mediação*, tendo o suporte de uma equipe interdisciplinar, formada por psicólogos, assistentes sociais e terapeutas, de forma a permitir uma formação mais adequada ao acadêmico.

Apenas com a mudança na Academia será possível observar a mudança na mentalidade dos operadores do direito e dos cidadãos em geral. Desse modo, torna-se desnecessário impor a mediação como uma etapa obrigatória do processo. Ademais, a tendência, a meu ver, é no sentido do esvaziamento da mediação incidental e

do crescimento da mediação prévia, já que esta forma otimiza, ao máximo, a estrutura da solução de conflitos, como visto acima.

Aliado a isso, é preciso uma grande e prolongada campanha de esclarecimento à população a fim de que, de um lado, não se criem falsas expectativas e, de outro, não se permita uma desconfiança quanto ao novo instituto, fruto de uma tradição arraigada nos países latino-americanos e ligada à falsa premissa de que apenas o juiz pode resolver o problema.

É preciso, pois, a adoção de uma política de racionalização na prestação jurisdicional.

Se, desde o início, fica claro que o cerne da controvérsia não é jurídico, ou seja, não está relacionado à aplicação de uma regra jurídica, de nada adianta iniciar a relação processual para, então, sobrestá-la em busca de uma solução consensual. Isso leva ao desnecessário movimento da máquina judicial, custa dinheiro aos cofres públicos, sobrecarrega juízes, promotores e defensores e não traz qualquer consequência benéfica.

É mister amadurecer, diante da realidade brasileira, formas eficazes de fazer essa filtragem de modo a obter uma solução que se mostre equilibrada entre os Princípios do Acesso à Justiça e da Duração Razoável do Processo.

Um outro aspecto que merece registro é a questão de ser o mediador um advogado ou não. Tal controvérsia tem suscitado grandes discussões.

Infelizmente, o que move os debatedores, na maioria das vezes, não é uma preocupação desinteressada pelo tema. Há um forte *lobby* de setores da advocacia, em oposição ao movimento feito por setores e grupos ligados à psicologia, em razão do promissor mercado de trabalho que se revela.

Realmente, não nos parece adequado que o mediador seja, necessariamente, um advogado. Parece que a melhor configuração é a de um mediador não advogado,

que pode ser auxiliado por um comediador advogado.

Participando da sessão de mediação estarão as partes que poderão levar seus advogados ou solicitar a intervenção de um defensor público ou advogado dativo, naquelas localidades nas quais a Defensoria Pública ainda não estiver estabelecida, ou quando o número de defensores disponíveis não for suficiente para atender a todas as demandas.

Diga-se, de passagem, que o árbitro, que tem poder de julgar, não precisa ser advogado pela Lei brasileira (art. 18 da Lei nº 9.307/96). Por que, então, o mediador deveria ser, já que sua função não é julgar, mas, sim, auxiliar as partes e entender melhor o problema, aparando as arestas e removendo os obstáculos que impedem o acordo?

O que é verdadeiramente importante é que o mediador seja alguém que tenha autoridade moral na comunidade e que sua habilidade para pacificar os conflitos seja reconhecida de forma geral, independentemente de sua profissão. De igual sorte, na mediação judicial, os Tribunais devem ter o cuidado de selecionar mediadores que realmente possuam a habilidade de compreender as partes. Utilizar critérios políticos ou institucionais, como, por exemplo, pré-selecionar mediadores a partir dos quadros de conciliadores hoje existentes ou mesmo escolhê-los entre os alunos das Escolas da Magistratura, não parece ser a melhor opção.

Costumamos dizer que ninguém deve se apresentar como mediador; essa qualidade é atribuída pela sociedade a partir da observação e do reconhecimento das atitudes daquela pessoa. Hoje, os árbitros mais bem sucedidos e requisitados no mercado são pessoas que devotaram suas vidas à construção de uma reputação sólida e confiável.

Agora, uma palavra sobre a mediação “passiva”, que embora não seja da tradição de nosso direito, foi apontada como

a modalidade a ser acolhida por nosso ordenamento, tanto pelo Projeto de Lei de Mediação, como pelo Projeto do novo CPC.

Desde o ano de 1995, com o advento da Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), e a consequente “popularização” da justiça de pequenas causas, a população se acostumou com a figura do conciliador, que pratica, na maioria dos casos, a mediação “ativa”, ou seja, interfere no conflito, oferece soluções, sugestões e mesmo valores.

Ao se optar pela mediação passiva, quer se queira ou não, faz-se a escolha por um procedimento mais demorado, profundo e que depende da habilidade do mediador em trazer as partes para uma dimensão mais próxima da real, ou seja, viabilizar a compreensão de que aquele problema tem outros aspectos e desdobramentos não visualizados de início sem, contudo, suggestioná-las ou de alguma forma interferir na sua cognição.

Se não houver um treinamento adequado (que demanda estrutura, tempo e muitas horas de clínica e exercícios), a opção do legislador não passará de uma norma programática e absolutamente divorciada da realidade prática.

Quanto aos limites objetivos da mediação, o Projeto do novo CPC não estabelece hipóteses de vedação ao seu uso. A redação do artigo 34 do Projeto de Lei de Mediação dispunha sobre os casos em que não era cabível a mediação, como por exemplo, as ações de interdição, usucapião, recuperação judicial ou ainda aquelas envolvendo órgãos públicos e questões indisponíveis, o que acabou gerando grande confusão.

A proibição de seu uso no procedimento de inventário e partilha chegava a ser absurda, em razão da desjudicialização desses procedimentos, promovida pela Lei nº 11.441/07.

Quer nos parecer que a Lei deve, apenas, fixar as premissas básicas, sem arrolar casos específicos. Em outras palavras, o critério para a determinação dos casos nos quais pode ser feita a mediação deve ser *ope*

*iudicis* e não *ope legis*. Havendo dúvida, devem as partes procurar o Poder Judiciário e distribuir uma petição, ainda que com a finalidade de obter apenas a homologação judicial.

Nesse passo, estamos de pleno acordo com a opção feita pela Comissão do novo CPC. Um procedimento facultativo e de livre utilização, cabendo o controle ao magistrado.

Já nos encaminhando para o fim deste breve texto, ciente de que as matérias aqui suscitadas abrem caminho para tantos outros questionamentos, gostaríamos de ressaltar que a mediação é um extraordinário instrumento que possibilita a compreensão do conflito a partir da participação efetiva dos envolvidos.

Parece-nos que, ao longo da (recente) tradição democrática brasileira, talvez até mesmo como uma expressão da *mea culpa* do Estado, ciente de seu fracasso ao atender as necessidades mais básicas da população, forjou-se a ideia de que o Poder Judiciário deve ter uma posição paternalista em relação ao jurisdicionado.

O cidadão procura o Juiz, “despeja” seu problema e fica ao lado, aguardando impacientemente, reclamando e espraguejando se a solução demora ou se não vem do jeito que ele deseja. Estamos em que as partes devem ser envolvidas de forma mais direta na solução dos conflitos e a mediação contribuirá, em muito, para isso.

A implementação dessas ideias permitirá um enorme avanço no processo de desenvolvimento social do povo brasileiro e, ao mesmo tempo, levará à intensificação de uma preocupação que hoje já ocupa a mente dos juristas.

Refiro-me à necessidade de se pensar um sistema que, ao mesmo tempo em que permite e incentiva o uso da mediação, preserva e viabiliza todas as garantias constitucionais nesse procedimento, tornando-se verdadeiramente equivalente ao processo judicial, como forma legítima de solução de conflitos no Estado Democrático de Direito.

Enfim, o desafio, de agora em diante, não é mais o de inserir a mediação no ordenamento brasileiro, mas, sim, de justificar constitucionalmente esse meio alternativo e velar para que os cidadãos que fazem a opção por utilizar essa via sejam contemplados com um “processo justo”.

### Referências

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso*. 3. ed. México : UNAM, 1991.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de mediação judicial*. Brasília: Ministério da Justiça, 2009. Disponível em: <[http://www.tjpe.jus.br/concilia/publicacoes/2009-11-24-12-44-Manual\\_de\\_Media%C3%A7%C3%A3o\\_Judicial.pdf](http://www.tjpe.jus.br/concilia/publicacoes/2009-11-24-12-44-Manual_de_Media%C3%A7%C3%A3o_Judicial.pdf)>.

BESSO, Chiara. La Mediazione Italiana: Definizioni e Tipologie. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 4, p. 248-269, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://www.redp.com.br>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). *Projeto de Lei n. 8-046/10: projeto do novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>.

BRESLIN, J. William; RUBIN, Jeffrey Z. *Negotiation: Theory and Practice*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 74, p. 82-97, 1994.

CHASE, Oscar. I Metodi Alternativi di Soluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli stati uniti d'america. In VARANO, Vincenzo. *L'altra giustizia: I Metodi Alternativi di Soluzione delle Controversie nel Diritto Comparato*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 131-156.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Mezzi Alternativi de Tutela e Garanzie Costituzionali. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 99, p. 249-293, 2000.

DIRETTIVA 2008/52/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale. *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, Luxembourg, L 136/3-136/9, 2008. Disponível em: <<http://www.mondoadr.it/cms/?p=1466>>.

FISCHER, Roger; URY, William. *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In*. Boston: Houghton Mifflin, 1981.

FISS, O.M. Against Settlement. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 93, n. 8, p. 1073-1090, May 1984. Disponível em: <<http://www.law.yale.edu/documents/pdf/againstsettlement.pdf>>.

FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, Buffalo, v. 92, n. 2, Dec. 1978.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. Tese (Doutorado na área de Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011. Não publicada.

GOLDBERG, Stephen B. et al. *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*. 4. ed. New York: Aspen, 2003.

HILL, Flavia Pereira. A Nova Lei de Mediação Italiana. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 4, p. 294-321, jul./dez. 2010. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_6a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_6a_edicao.pdf)>. Acesso em: 10 de jan. 2011.

ITÁLIA. Decreto Legislativo n. 28, 4 marzo 2010. *Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*. *Gazzetta Ufficiale*, Roma, n. 53, 5 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.mondoadr.it/cms/?p=2244>>.

\_\_\_\_\_. LEGGE n. 69, 18 giugno 2009. Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile. *Gazzetta Ufficiale*, Roma, n. 140, 19 giugno 2009, Supplemento ordinario n. 95. Disponível em: <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/090691.htm>>.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: Crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTIN, Nuria Belloso. Un paso más hacia la desjudicialización. La directiva europea 2008/52/ce sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 257-291, jan./dez. 2008. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_2a\\_edicao\\_rj.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_2a_edicao_rj.pdf)>.

MNOOKIN, Robert H. *Beyond Winning*. Cambridge: Harvard University Press, 2000

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Privatização do Processo? In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Processual: sétima série*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2001, p. 7-18.

MUÑOZ, Helena Soletto. La Mediación: Método de Resolución Alternativa de Conflictos en el Proceso



Civil Español. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, vol. 3, n. 3, p. 66-88, jan./jun. 2009. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_3a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_3a_edicao.pdf)>.

NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS. Drafting Committee on Uniform Mediation Act. *Uniform mediation act: final styled draft without prefatory note and comment*. Drafted by the national Conference of Commissioners on Uniform State Laws and by it approved and recommended for enactment in all the states at its annual conference meeting in its one-hundred-and-tenth year. White Sulphur Springs, West Virginia: [s.ed.], 2011. Disponível em: <<http://www.tba.org/Sections/DisputeResolution/uma.pdf>>. Acesso em: 20 de mar. 2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mecanismos de Solução Alternativa de Conflitos: algumas considerações introdutórias. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 17, p. 9-14, 2004.

\_\_\_\_\_. Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. In: ACESSO à Justiça: efetividade do processo. Org. Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 105-124.

\_\_\_\_\_. A Mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 4, p. 63-94, jan./jun. 2010. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_5a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_5a_edicao.pdf)>.

\_\_\_\_\_. Novo Projeto de Lei sobre a Mediação no Processo Civil. Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br>>. Acesso em: 15 jan. 2005.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. cap. 23.

\_\_\_\_\_. (Org.). *Teoria Geral da Mediação: à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. Os Princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 11 do PLS 166/10. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 4, p. 49-92, jul./dez. 2010. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_6a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_6a_edicao.pdf)>.

\_\_\_\_\_. Uma leitura processual dos direitos humanos. O direito fundamental à tutela adequada e à opção pela mediação como via legítima para a resolução de conflitos. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga (Org.). *Temas sobre Direitos Humanos em Homenagem ao Pro-*

*fessor Vicente Barreto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 63-80.

\_\_\_\_\_. *La mediazione nel Diritto Brasiliano: evoluzione, attualità e possibilità nel progetto del nuovo codice di processo civile*. Artigo produzido a partir de palestra proferida na Università Roma Tre, no dia 18 de janeiro de 2011. *Diritto & Diritti: diritto brasiliano*, Ragusa, 17 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.diritto.it/docs/30904-la-mediazione-nel-diritto-brasiliano-evoluzione-attualit-e-possibilit-nel-progetto-del-nuovo-codice-di-processo-civile>>. Acesso em: 13 jan. 2011.

\_\_\_\_\_; DURÇO, Karol Araújo. *A Mediação e a Solução dos Conflitos no Estado Democrático de Direito: O "Juiz Hermes" e a Nova Dimensão da Função Jurisdicional*. 33 p. Disponível em: <[http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a\\_mediacao\\_e\\_a\\_solucao\\_de\\_conflitos\\_no\\_estado\\_democratico.pdf](http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a_mediacao_e_a_solucao_de_conflitos_no_estado_democratico.pdf)>. Acesso em: 12 jan. 2010.

RESTA, Eligio. *O Direito Fraterno*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

REUBEN, Richard. Constitutional Gravity: a Unitary Theory of Alternative Dispute Resolution and Public Civil Justice. *UCLA Law Review*, Los Angeles, v. 47, p. 949-971, 2000. Disponível em: <[http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/uclalr47&div=29&g\\_sent=1&collection=journals](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/uclalr47&div=29&g_sent=1&collection=journals)>.

SANTOS, Boaventura de Souza. *O discurso e o poder*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei. Santa Cruz do Sul, Edunisc, 2010. Disponível em: <<http://www.unisc.br/portal/pt/editora/e-books/95/mediacao-enquanto-politica-publica-a-teoria-a-pratica-e-o-projeto-de-lei.html>>.

VEZULLA, Juan Carlos. *Mediação: Teoria e Prática; Guia para Utilizadores e Profissionais*. Lisboa: Agora, 2001.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001. v. 1.

WATANABE, Kazuo. Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação. In: ESTUDOS em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. Org. Flávio Luiz Yarchell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: DPJ, 2005.





# O compromisso do Projeto de Novo Código de Processo Civil com o processo justo

Humberto Theodoro Júnior

## Sumário

1. Introdução. 2. Modelo constitucional brasileiro. 3. O acesso à justiça. 4. Instrumentalidade e efetividade. 5. Devido processo legal. 6. Processo justo. 7. Processo e efetividade das garantias constitucionais. 8. Contraditório e duração razoável do processo no processo justo. 9. O processo justo na sistemática do Projeto de Novo Código de Processo Civil. 10. Crítica ao modelo do Código projetado. 11. Processo justo, segurança e justiça. 12. Conclusões.

## 1. Introdução

Durante quase duas décadas o Código de Processo Civil brasileiro de 1973 tem sofrido numerosas alterações, todas justificadas pela busca da efetividade da tutela jurisdicional, inspirando-se sempre nas garantias constitucionais do acesso à justiça, mediante observância do devido processo legal, da moderna visão da instrumentalidade e da duração razoável do processo, bem como do emprego de medidas tendentes a garantir a celeridade de sua tramitação.

Essa política legislativa – é bom esclarecer – não é fruto apenas de nossa cultura, pois corresponde a um movimento universal que se formou e se agigantou principalmente após a Segunda Grande Guerra, graças ao ideário do Estado Democrático de Direito que se implantou na Europa e nos principais países ocidentais.

Humberto Theodoro Júnior é professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador Aposentado do TJMG. Membro da Academia Mineira de Letras Jurídicas, do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e da International Association of Procedural Law. Doutor em Direito. Advogado.

Os grandes tratados internacionais ajustados nesse tempo às mais modernas constituições merecedoras da qualificação de democráticas incluíram nas declarações dos direitos fundamentais garantias do processo que afinal vieram a delinear o *processo justo*.

Se o direito processual já desempenhava um significativo papel na instrumentalização do direito material, com o aprimoramento do *devido processo legal* imposto pela ordem constitucional democrática, tornou-se um instrumento de atuação imediata dos próprios direitos fundamentais, que perderam seu antigo feitiço declaratório para assumir um papel ativo, de imperatividade imediata e enérgica.

A convivência entre a Constituição e o direito processual assumiu nível de grande intimidade e de verdadeira complementariedade<sup>1</sup>.

A teoria da efetividade e da instrumentalidade, que já se reconhecia presente no regime do atual Código de Processo Civil, manteve-se no Projeto aprovado pelo Senado em dezembro de 2010. O vínculo do processo com o regime dos direitos fundamentais, que se divisava pela leitura dos dispositivos da Constituição, mereceu explicitação nos primeiros enunciados da lei processual projetada.

<sup>1</sup> Há possibilidade de divisarem-se pelo menos quatro grandes momentos na história do fenômeno processual: (i) o *praxismo*, “pré-história do direito processual”, quando este se manifestava como “mero apêndice do direito processual”; (ii) o *processualismo*, “momento marcado pela necessidade de conferir autonomia científica ao direito processual, o que acabou causando o rompimento de sua relação com o direito material e sua concepção como mera técnica, despido que estava de valores; (iii) o *instrumentalismo*, que “muito embora tenha atentado para a indispensável relação entre direito material e processo ainda sofre os influxos da supremacia da lei herdados do Estado legislativo” e, finalmente, (iv) o *formalismo-valorativo*, estágio muito bem estudado por OLIVEIRA, (2003), momento no qual se concebeu a noção de *processo justo*, atingindo “um aprimoramento das relações entre processo e Constituição” e fazendo com que a ideia de “simples processo legal” fosse superada pelas exigências do “devido processo constitucional” (MITIDIERO, 2007, p. 1-32).

A orientação do Projeto, além da importância de reafirmar o compromisso essencial entre o sistema de processo e a Constituição, desempenha uma função pedagógica, capaz de orientar os agentes da atividade judicial (partes e procuradores, juízes e órgãos auxiliares), de maneira analítica, para a incidência dos princípios informativos do *processo justo* nos estágios mais significativos da marcha processual.

## 2. Modelo constitucional brasileiro

Observa a doutrina constitucional contemporânea que, ao monopolizar a função jurisdicional (função de definir e fazer atuar o direito nas situações de crise de cooperação entre os destinatários dos preceitos legais), banindo a autotutela do plano civilizado de convivência, “o Estado assumiu o *dever* de prestar a tutela jurisdicional, sempre que solicitado”<sup>2</sup> (RABELLO, 2011, p. 46; THEODORO JUNIOR, 2010, p. 63).

Com efeito, as consequências mais evidentes e mais importantes do monopólio estatal da jurisdição são duas:

a) o *dever* do Estado de prestar a tutela jurisdicional aos cidadãos (ALVIM, 1975, p. 231); e

b) um verdadeiro e distinto *direito subjetivo*, reconhecido a quem se sinta ameaçado ou lesado em sua esfera jurídica – o *direito de ação* –, oponível ao Estado-juiz<sup>3</sup> e que se

<sup>2</sup> “Ao vetar a seus súditos [melhor: aos cidadãos] fazer justiça pelas próprias mãos e ao assumir a *jurisdição*, o Estado não só se encarregou da tutela jurídica dos direitos subjetivos privados, como se obrigou a prestá-la sempre que regularmente invocada, estabelecendo, de tal sorte, em favor do interessado, a faculdade de requerer sua intervenção, sempre que se julgue lesado em seus direitos”.

<sup>3</sup> “La obligación de la jurisdicción civil del Estado, en cuanto consiste en la manifestación de una actividad y de una función soberana, es una obligación de *derecho público*, a la cual corresponde en los ciudadanos un *derecho subjetivo público individual (derecho cívico)* a aquellas prestaciones de *derecho público* que tienen por objeto la declaración de certeza o la realización coactiva de los intereses materiales tutelados por

pode definir como “o direito à jurisdição”<sup>4</sup> (LIEBMAN, 1996, P. 13).

Diante desse quadro, o problema do *acesso à justiça* assumiu dimensões inco-muns, que, no Estado Democrático de Direito, viriam provocar sua inserção no plano constitucional dos direitos do homem, ou *direitos fundamentais*. Como produto cultural desses tempos democratizantes, a vigente Constituição do Brasil proclamou, dentro do rol dos direitos fundamentais, que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV).

A garantia constitucional, porém, não se restringiu a assegurar o direito de ser ouvido em juízo, ou de mera e formalmente ingressar em juízo, para exercer o direito de ação. O direito fundamental refere-se a um acesso à essência de uma tutela que, no Estado democrático de direito, há de ser justa e efetiva.

Com esse padrão em mira, a declaração constitucional se desdobra em várias outras garantias, cujo conjunto representa o processo posto a serviço e ao alcance de todos, em consonância com a perspectiva de uma ordem constitucional assentada sobre as garantias de *segurança e justiça* “como valores supremos de uma sociedade fraterna” comprometida com a “solução pacífica das controvérsias” (CF, Preâmbulo).

Dentro desse sistema valorizado por relevantes princípios e valores éticos foi que se estabeleceram as bases do processo constitucional de composição de litígios, mediante efetivo acesso à justiça e com vistas à *justa tutela jurisdicional*, tanto no aspecto do exercício formal dos instrumentos procedimentais, como na obtenção

de provimentos finais condizentes com as expectativas da civilização de nosso tempo.

O acesso à justiça, qualificado constitucionalmente, portanto, deve ser visto, na perspectiva da garantia de tutela aos direitos lesados ou ameaçados, como “o mais básico dos direitos humanos”, dentro de “um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELETI; GARTH, 1988).

O modelo constitucional do processo, a que o Projeto de Novo Código Processual civil se afeiçoa, é o que parte da garantia máxima de acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV) e se completa com as garantias, também fundamentais, do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), da vedação das provas ilícitas (art. 5º, LVI), do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), da publicidade dos atos processuais (arts. 5º, LV, e 93, IX), da fundamentação obrigatória das decisões judiciais (CF, art. 93, IX), da assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes (art. 5º, LXXIV), da duração razoável do processo e do emprego dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (CF, art. 5º LXXVIII).

### 3. O acesso à justiça

O acesso à justiça, dentro da ótica constitucional, deve ser visto como representativo da garantia de obtenção da tutela jurisdicional *efetiva* para todos os interesses dos particulares agasalhados pelo ordenamento jurídico (GRECO, 2009).

Diante da exigência técnica de ser a parte assistida em juízo por advogado, as pessoas carentes de recursos se vêem privadas, frequentemente, de uma representação adequada, os que as coloca, quase sempre, em posição de inferioridade em relação ao adversário. O juiz, portanto, nos casos de litigante defendido por advogado dativo, tem o dever de “exercer uma vigilância especial” sobre o processo, a fim de “assegu-

el derecho objetivo (derecho de acción)”. (ROCCO, 1969, p. 253).

<sup>4</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile, ristampa* da 2. ed., Milano: Giuffrè, 1966, v. I, n. 13, p. 38. Para MICHELI (1970, v. 1, n. 5, p. 19), “o poder instrumental (processual de ação representa, pois, a concreta manifestação e especificação da capacidade genérica de obter do Estado a tutela dos próprios direitos e interesses”.

rar *igualdade efetiva* às partes”, que só ocorre quando há “paridade de armas”, no dizer de LEONARDO GRECO (2009, p. 20-21).

Até mesmo nas causas patrocinadas por advogado contratado, pode acontecer a desproteção técnica do litigante, o que não é pouco frequente, diante da constatação da presença do meio forense de um grande contingente de profissionais desprovidos da efetiva qualificação técnica, sem embargo de habilitados formalmente. Para enfrentar o prejuízo que surge desse quadro realístico é que, muitas vezes, se justifica a concessão de poderes inquisitórios ao juiz, os quais, quando usados com moderação, sabedoria e pertinência, reequilibram as posições das partes no debate judiciário, sem quebrar a imparcialidade do condutor do processo.

Integra, ainda, o acesso efetivo à justiça uma visão do processo lastreada no chamado “contraditório participativo”, que não se limite à audiência bilateral das partes, mas que lhes reconheça “o direito de influir eficazmente na decisão através de um diálogo jurídico, com ampla oportunidade de oferecimento de alegações e de produção de provas, que sejam [provas e alegações] efetivamente consideradas pelo julgador” (GRECO, 2009, p. 22).

De outro lado, o acesso efetivo à justiça depende, fundamentalmente, da confiança que o juiz inspira nos litigantes. Esta somente se verificará quando a função jurisdicional estiver confiada a juiz íntegro, independente e responsável. Para que os direitos deduzidos em juízo sejam adequadamente tutelados, é indispensável sua submissão a julgadores que não sejam arbitrários, corruptos e imunes a qualquer sanção, “mas obedientes à lei e responsáveis civil, penal e disciplinadamente pelos abusos que cometerem” (GRECO, 2009, p. 22).

Enfim, o acesso à justiça se implementa, de maneira real e efetiva, por meio da observância fiel das chamadas “*garantias fundamentais do processo*” ou do que vem sendo denominado de *processo justo*”, que, na visão constitucional, compreende “todo

o conjunto de princípios e direitos básicos de que deve desfrutar aquele que se dirige ao Poder Judiciário em busca da tutela dos seus direitos” (GRECO, 2009, p. 22)

#### 4. Instrumentalidade e efetividade

A moderna concepção de instrumentalidade do processo não se resume a vê-lo como instrumento de pura e simples aplicação da lei material ao caso concreto. O que importa é coligar a *instrumentalidade* com a solução do problema da *efetividade* da tutela jurisdicional. Daí que, para avaliar a norma processual segundo o critério da instrumentalidade perante um direito subjetivo, é necessário ter em conta sua *eficiência* no que diz respeito à *defesa* daquele direito. Dentro desse prisma, não basta garantir, na Constituição e nas leis processuais, o direito de ação e o direito de defesa. É necessário que “il loro esercizio porti in concreto quell’ *utilità effettiva* per la quale sono predisposti” (RICCI, 1995, p. 16).

Não há, para PROTO PISANI (1999, p. 4-5), uma subalternidade entre direito processual e direito material. Num Estado constitucional que veda a autotutela, a realização do direito material, quando violado, depende do direito instrumental, que atua por meio do processo. De fato, não poderia existir direito processual sem que existisse o direito material a tutelar. Mas, também não teria como subsistir o direito material em crise sem a proteção do direito processual. Sem embargo da diversidade de papéis que a cada um se reserva, o que em realidade se detecta é uma “estreita interdependência (isto é, dependência recíproca entre direito substancial e direito processual)”.

Assim se compreende a importância do direito processual, nas crises enfrentadas pelo direito material: da existência do direito processual “dipende la stessa esistenza - a livello de *effettività* - del diritto sostanziale” (PISANI, 1999, p. 5).

Por isso mesmo, quando se cogita de instrumentalidade e efetividade da tutela

jurisdicional, é fundamental que fique bem destacado: “para que seja assegurada a tutela jurisdicional de uma determinada situação de vantagem, não basta que no campo do direito processual seja disponibilizado um procedimento qualquer, mas é necessário que o titular da situação de vantagem violada (ou ameaçada de violação) possa se valer de um procedimento (ou vários procedimentos) estruturado de modo a poder dispensar-lhe uma tutela efetiva e não meramente formal e abstrata de seu direito”: Prossegue PROTO PISANI (1999): No plano da efetividade, o direito substancial sob violação ou ameaça “existe na medida em que o direito processual institua procedimentos, formas de tutela jurisdicional adequadas às necessidades específicas de tutela das particulares situações de vantagem previstas nas normas substanciais”<sup>5</sup>.

O processo, enfim, para prestar uma tutela efetiva, tem de proporcionar aquilo que se chama *efetividade qualitativa*, “dando a quem tem direito tudo aquilo a que ele faz jus de acordo com o ordenamento jurídico”<sup>6</sup> (GRECO, 2009, p. 24).

Desse modo o procedimento legal não pode ser *rígido*, mas há de ser *flexível* e *previsível*, contando sempre com a possibilidade de tutelas e medidas emergenciais,

<sup>5</sup> Conclui PROTO PISANI (1999, p. 6): É claro que a instrumentalidade processual não pode ser vista como “neutralidade”: “o direito processual – nos diversos procedimentos e nas várias formas de tutela com que se articula – não é, não pode ser, indiferente em torno da natureza dos interesses em conflito – e por isso não é correto falar de neutralidade – porquanto da disponibilidade de procedimentos idôneos para fornecer formas de tutela jurisdicional adequadas às específicas necessidades das particulares situações de vantagem depende a existência ou o modo de existência do próprio direito substancial”.

<sup>6</sup> Para o êxito da disponibilização da tutela efetiva, merece atenção o ensinamento de que a operação de *interpretar* e *compreender* uma norma não se separa do ato de sua *aplicação* concreta. “Se quisermos compreender adequadamente o texto – lei ou mensagem de salvação – isto é, compreendê-lo de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, devemos compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui compreender é sempre aplicar” (GADAMER, 2005, vol. 1, p. 408).

utilizáveis quando circunstâncias anômalas criarem risco de ineficiência do provimento final para chegar a um resultado prático útil em prol do titular da situação de vantagens disputada em juízo. É indispensável, nessa ordem de ideias, a presença no direito processual de tutelas diferenciadas e outros meios eficazes de composição de conflitos (GRECO, 2009, p. 22). O novo aparato instrumental gerado pelo esforço de modificação e adequação da técnica de tutela jurisdicional, para ARRUDA ALVIM (2010, p. 13), “resulta vitalmente dinamizado pela tutela de urgência”.

### 5. Devido processo legal

A garantia do *devido processo legal* é uma conquista da humanidade, como de resto são todos os direitos fundamentais hoje presentes nos tratados universais dos direitos do homem e em todas as constituições dos povos civilizados. Nossa Constituição, depois de garantir o acesso pleno de todos à justiça com a solene garantia de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido processo legal*” (art. 5º, LIV).

O que vem a ser, com precisão, essa garantia constitucional do processo é algo complexo e de difícil conceituação. Produto evolutivo da cultura, a preocupação científica tem se detido mais em detectar o seu conteúdo prático em cada momento da história de sua incorporação à ordem jurídica<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> “Em sua tese de doutoramento, BRUNO RABELLO (2011) registra que, “na jurisprudência norte-americana, apontada como responsável pela sedimentação da noção de *due process*, nunca houve interesse em se definir precisamente o seu conteúdo, havendo mesmo quem defenda que este deva continuar ‘*insuscetível de confinamentos conceituais*’. Também para COMOGLIO (2004, p. 49), um dos juristas contemporâneos que tem se aprofundado na exploração doutrinária em torno do devido processo legal, o certo é que “il *due process of law* non è clausola dal contenuto rígido, precostituito e preciso, ma, al contrario, contiene aperture flessibili verso una verifica in concreto della fairness [justiça] di ciascun procedimento”.



Assim, em sua origem histórica, localizada na Inglaterra, a *Magna Carta* de 1215 teria instituído a garantia de *legalidade* do processo, oponível ao soberano, por meio do respeito à *Law of the land*. Foi com esse sentido que na Constituição norte americana de 1791 figurou a garantia do devido processo legal, ou seja, como a *legalidade de processo* e das *formas de tutela* que por seu meio são obtíveis (COMOGLIO, 2004, p. 48).

Portanto, a primeira visão do processo dentro do constitucionalismo foi a que o encarou como instrumento de tutela, o qual, para merecer o rótulo de *devido processo legal*, teria de proporcionar às partes um procedimento instituído em lei e que pudesse assegurar o *contraditório* e o julgamento pelo *juiz natural*, sempre segundo a *lei material* preexistente<sup>8</sup>.

Foi mais tarde que se chegou, no direito norte americano, a uma visão da garantia que ia além da legalidade processual para permitir ao juiz penetrar no plano da lei material e controlar seus eventuais excessos, em face dos princípios e valores constitucionais. Passou-se a falar em devido processo material, além do devido processo instrumental ou formal.

Pode-se, então, no pós-Segunda Grande Guerra, e segundo as Constituições e Tratados que a sucederam, reconhecer e proclamar que o processo é o *devido* “non perché sia compiutamente regolato da norme di legge rigide e precostituite, ma piuttosto in quanto rappresenta la garanzia positiva di um ‘diritto naturale’ del singolo ad un processo ‘informato a principi superiori di giustizia’”<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Foi com esse conteúdo que essa garantia se incorporou ao direito processual científico do século XX: “O processo (...) visa ao escopo geral e objetivo de fazer atuar a lei, e o escopo do autor e do processo coincidirão só no caso em que seja fundada a demanda. A sentença, porém, é sempre *atuação da lei*, seja a demanda fundada ou infundada” (CHIOVENDA, 1969, p. 45).

<sup>9</sup> A menção à garantia de processo *equo e justo* é feita, de alguma forma, na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), na Convenção Europeia

## 6. Processo justo

A primeira visão do processo dentro do constitucionalismo foi a que o encarou como um instrumento de tutela rotulado de “devido processo legal”, em que as partes contariam com um procedimento traçado em lei para assegurar o *contraditório*, com um juiz natural, imparcial e confiável, e com um julgamento segundo a lei pré-existente.

Nesse sentido é importante lembrar a lição de CHIOVENDA (1969, p. 45), um dos construtores do direito processual científico, nos princípios do século XX:

“O processo (...) visa ao escopo geral e objetivo de fazer atuar a lei, e o escopo do autor e o do processo coincidirão só no caso em que seja fundada a demanda. A sentença, porém, é sempre *atuação da lei*, seja a demanda fundada ou infundada”.

A reorganização do Estado Democrático moderno não se contentou com o princípio constitucional da legalidade, no seu sentido procedimental e de subsunção do fato litigioso à regra da lei material. Exigiu-se que, em nome de outros princípios constitucionais, a própria regra de direito material fosse submetida a um juízo crítico, para conformá-la ao sentido mais harmônico possível com os valores consagrados pela Constituição.

Assim, em vez de assegurar um resultado legal (compatível com a norma aplicada ao caso), o processo foi incumbido de proporcionar um resultado *justo* (mais do que apenas legal). E a garantia constitucional de tutela jurisdicional passou a ser não mais a do devido processo legal, mas a do *processo justo*.

Nesse sentido, a Constituição italiana foi alterada para proclamar: “La giurisdizione si attua mediante il *giusto processo* regulado dalla legge” (art. 111).

sobre a salvaguarda dos Direitos e liberdades fundamentais (1950), no Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos (1966), da Costa Rica (1969), assim como nas Constituições democráticas posteriores à Segunda Grande Guerra, da Europa e da América (COMOGLIO, 2004, p. 49-50).

Na ideia de *processo justo* – anota CO-MOGLIO (2004, p. 154-158) – insere-se, além das tradicionais figuras do juiz natural imparcial, do contraditório, da legalidade das formas e do compromisso com a ordem jurídica substancial, “uma afirmação, não menos categórica, da *efetividade* dos meios processuais e das formas de tutela obtíveis junto ao juízo”, aos quais se agrega, ainda, o compromisso com os valores de “correção”, “equidade” e “justiça procedimental”.

Nossa Constituição não adotou ainda, expressamente, uma declaração similar à do atual art. 111 da Carta italiana. O *processo justo*, porém, impõe-se entre nós como uma decorrência natural e obrigatória dos valores agasalhados nos princípios fundamentais que dão estrutura à nossa ordem constitucional. Vale a pena recordar que, já no preâmbulo da Constituição brasileira atual, ficou declarado que a justiça, como outros valores igualmente relevantes e supremos (como liberdade, bem-estar, igualdade e segurança), integraria as metas a serem atingidas pelo Estado Democrático de Direito. E o seu art. 3º reafirmou que, entre os “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”, aparece em primeiro lugar o de “construir uma sociedade livre, *justa* e solidária”.

Dúvida não há, de tal sorte, que nossa Constituição assenta o Estado Democrático de Direito brasileiro sobre o *valor supremo* e *fundamental* da *justiça*. Desse modo a concepção da garantia de devido processo legal, expressa em seu art. 5º, nº LIV, não pode ter outro sentido senão o de um *processo justo*.

Aplicam-se, pois, ao direito brasileiro, com total pertinência, as lições constitucionais elaboradas pela doutrina italiana. Ou seja, como já registramos anteriormente (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 26), “como *justo*, para efeito da nova garantia fundamental, não se pode aceitar qualquer processo que se limite a ser *regular* no plano formal. *Justo*, como esclarece Trocker, é o

processo que se desenvolve respeitando os parâmetros fixados pelas normas constitucionais e pelos valores consagrados pela coletividade. E tal é o processo que se desenvolve perante um juiz imparcial, em contraditório entre todos os interessados, em tempo razoável, como a propósito estabelece o art. 111 da Constituição (italiana)” (TROCKER, 2001, p. 383-384).

Já muito antes do grande movimento de constitucionalização do processo, CARNE-LUTTI (1973, p. 22) defendia que sua finalidade não era simplesmente a de realizar a aplicação da vontade concreta da lei e, sim, a de encontrar e efetivar a *justa* composição do litígio. Ou seja, o grande processualista italiano ensinava que o processo correspondia a “um método para formulação ou para aplicação do direito que tende a garantir a excelência do resultado, vale dizer, uma tal regulação do conflito de interesses que consiga realmente a *paz* e, portanto, seja *justa e certa*”.

Superando a antiga visão do processo como meio de fazer atuar a vontade da lei, o direito processual moderno convergiu para atribuir-lhe um papel bem maior, em que se reconhece e se valoriza, acima de tudo, a “instrumentalidade positiva do processo” (DINAMARCO, 1988, p. 117). Por meio dessa instrumentalidade, atribui-se ao processo a missão de realizar os “escopos da jurisdição”, que se confundiriam com os “escopos do próprio Estado”, uma vez que a jurisdição não é outra coisa senão “uma das manifestações do poder estatal soberano” (CÂMARA, 1999, p. 73).

Dentro dessa nova maneira de encarar a instrumentalidade do processo, a prestação jurisdicional ganha maior força e enriquece. Vai além da simples e fria aplicação das regras do direito material, para tornar-se “uma garantia de tutela adequada e efetiva das posições jurídicas de vantagem” (CÂMARA, 1999, p. 73).

Os escopos da jurisdição que configuram a instrumentalidade positiva do processo são de três ordens, segundo o

magistério de CÂNDIDO DINAMARCO, esposado integralmente por ALEXANDRE FREITAS CÂMARA: *sociais, jurídicos e políticos*. A primeira conclusão que disso se pode extrair é que a moderna ciência processual se fez consciente de que o processo não é um fenômeno que se esgote no plano jurídico, de maneira que seu estudo não pode deixar de levar em conta também suas aplicações sociopolíticas<sup>10</sup>.

Merece ainda ser destacada, nesse rumo, a lição de ADA PELLEGRINI GRINOVER (1985, p. 8):

“Desse modo, as garantias constitucionais do devido processo legal convertem-se, de garantias exclusivas das partes, em garantias da jurisdição e transformam o procedimento em um processo jurisdicional de estrutura cooperatória, em que a garantia de imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre partes e juiz. A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício de jurisdição. Para acima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente”<sup>11</sup>.

Tão próxima se acha a figura do direito de ação às garantias fundamentais que COUTURE (1979) o qualifica como um direito cívico, integrante da ordem constitucional. Dentro dessa ótica, o direito de ação integra, conforme pensa COUTURE, o campo amplo do *direito cívico de petição*, com

<sup>10</sup> É que “se trata de instrumento estatal, e o Estado – parece desnecessário dizer – é um ente político voltado para uma finalidade social de busca do bem comum” (CÂMARA, 1999, p. 73)

<sup>11</sup> Cf., também, MOREIRA (1981, p. 1-2); DINAMARCO (1981-1982). O Princípio do Contraditório. *Revista da PGE*.

a peculiaridade de ser exercitável especificamente em face dos órgãos encarregados da prestação jurisdicional. Em consonância com esse mesmo entendimento, aduz o autor que o fim da jurisdição, exercida através do processo, por provocação do direito de ação, não é só atingir um resultado definitivo e imutável para o conflito. É, sobretudo, “la justicia, la paz, el orden, la seguridad, es decir, *los valores* a los cuales el derecho accede y sirve. La función jurisdiccional en sua eficacia es, pues, un medio de asegurar la necesaria continuidad del derecho. Y el derecho, a su vez, es un medio de acceso a *los valores* que son, ésos si, los que merecen la tutela del Estado” (COUTURE, 1974, p. 40).

### 7. Processo e efetividade das garantias constitucionais

Quer se aplique, quer não se aplique algum direito constitucional para definir o litígio, o processo estará sempre organizado para desempenhar uma garantia constitucional: a tutela jurisdicional a que se acha obrigado pelo art. 5º, nº XXXV, da Constituição, e que deverá ser a *justa* composição do conflito, no sentido procedimental e substancial, como deflui da garantia do devido processo legal, constante do inc. LIV do mesmo dispositivo constitucional.

O dever de encontrar uma *justa* composição para o litígio, nessa ordem de ideias, é dever constitucional do Estado, qualquer que seja a norma utilizada para resolver o conflito<sup>12</sup>.

A garantia de um *processo justo*, sob o prisma das garantias constitucionais, retrata, além de outros atributos, “a *eficiência* e a celeridade das decisões judiciais”, assim como “a *efetividade* da tutela jurisdicional” (RIGHI, 2007, p. 177). É por essas possibili-

<sup>12</sup> “O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, quando se dirige contra o juiz, não exige apenas a efetividade da proteção dos direitos fundamentais, mas, sim, que a tutela jurisdicional seja prestada de maneira efetiva para todos os direitos” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 187).

dades interpretativas da cláusula do *devido processo legal*, em todos os planos em que seu desenvolvimento reflete, que assume as proporções de um verdadeiro “*standard de justiça*”, capaz de limitar a atuação estatal, proteger os direitos fundamentais e concretizar a democracia (RIGHI, 2007, p. 177).

Permanece, pois, sempre atual a lição de COUTURE (1954) que qualifica como inconstitucional a lei processual que atrita com o primado da Constituição no tocante às garantias da tutela jurisdicional, privando o jurisdicionado da possibilidade de propor a ação, de defender-se, de produzir provas, de alegar, de impugnar a sentença, de ser julgado por juízes idôneos e em prazos razoáveis.

Há, no ordenamento jurídico, como reconhece a doutrina comprometida com o moderno *processo justo*, uma grande ponte de ligação de um direito fundamental abstrato do texto constitucional com um direito fundamental concreto, ou seja, a transformação do direito declarado pela Constituição em direito efetivo e garantido opera-se pela obra dos tribunais, por meio do processo (RIGHI, 2007, p. 179).

É assim – preleciona ADA PELLEGRINI GRINOVER (1972, p. 19) – que “o processo se transforma, de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade”. É assim que o processo justo proporciona “a vinculação cada vez mais próxima do processo com o Direito Constitucional”, segundo SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA: “a uma, porque é no Direito Constitucional que o processo vai buscar seus princípios mais nobres. A duas, porque é no processo que o Direito Constitucional encontra o instrumento eficaz para assegurar as garantias da cidadania e a realização coativa da ordem jurídica” (RIGHI, 2007, p. 887).

### 8. *Contraditório e duração razoável do processo no processo justo*

A efetividade da garantia constitucional do *processo justo*, sem o qual não resta

assegurado o real *acesso à justiça*, exige, além do juiz natural confiável, a presença efetiva do *contraditório* e a submissão de todo e qualquer processo a uma *duração razoável*.

A construção clássica do *contraditório* se formou à luz de uma visão estática que o confundia simplesmente com a bilateralidade da audiência das partes durante a sucessão dos atos do processo. O juiz nele não se imiscuia. Era um simples espectador do duelo dos litigantes.

Após o segundo pós-guerra, com a mais ampla constitucionalização das garantias processuais, o estudo destas e o interesse democrático pela colaboração das partes proporcionaram novos horizontes de análise para o princípio do *contraditório*.

O processo – que, durante o liberalismo, privilegiava o papel das partes e que, após os grandes movimentos reformistas pela oralidade e pela instauração do princípio autoritário, implementou um ativismo judicial que privilegiava a figura do juiz – passa, no Estado Constitucional Democrático, com a releitura do *contraditório*, a permitir uma melhora da relação juiz-litigantes de modo a garantir um efetivo diálogo e uma comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*) entre os sujeitos processuais na fase preparatória do provimento (audiência preliminar para fixação dos pontos controvertidos) e na fase de problematização (audiência de instrução e julgamento), permitindo a comparticipação na estrutura procedimental (THEODORO JUNIOR; NUNES, 2009, p. 115).

A utilização da fase preparatória (nosso art. 331 do CPC), levada a sério, com a fixação adequada de todos os pontos controvertidos pode conduzir a uma redução do tempo processual em face da percepção pelas próprias partes (e seus advogados) de que a continuidade do feito não se faz adequada e necessária, o que conduzirá um advogado técnico à busca da conciliação com o término do processo em prazo razoável.

Essa tendência de utilização metódica da fase preparatória para filtragem e fomento do debate das questões endoprocessuais (pontos controvertidos) de fato e de direito, iniciada por Franz Klein em sua festejada ÖZPO (Ordenança Processual Civil austríaca) de 1895, e atualmente revigorada pelas reformas alemãs da ZPO mediante a *Vereinfachungsnovelle* de 1976<sup>13</sup>, pela reforma *Woolf* (WOOLF, 1995, 1996; BAHIA, 2007) do novo processo civil inglês, pela *Ley de enjuiciamiento civil* espanhola (MONTEIRO AROCA, 2002) e outras inovações europeias, conduz à conclusão de que essa fase processual pode auxiliar em muito numa adequação do *modelo cognitivo brasileiro* para a obtenção de resultados técnicos e constitucionalmente adequados, especialmente no que tange à aplicação da celeridade e do contraditório dinâmico.

Para tanto, não se fariam necessárias nem mesmo alterações legislativas, bastando somente uma percepção simples de que a fase de nossa audiência preliminar (art. 331, CPC) não serve somente para a tentativa de obtenção de acordo e da declaração de saneamento, uma vez que essa deve buscar uma função técnica mais importante, qual seja, a filtragem completa da discussão endoprocessual para a fase posterior de problematização, caso o acordo não seja possível e nem tecnicamente recomendável<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Estruturada a partir dos resultados práticos obtidos pelo Modelo de Stuttgart levada a cabo pelo juiz Rolf Bender e seus pares, inspirada na preleção de Fritz Baur de 1965. Cf. BAUR, 1966.

<sup>14</sup> Art. 331, *caput*, CPC: “Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir (...) § 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário”.

Os sujeitos processuais, assim, devem, desse modo, assumir a responsabilidade na utilização adequada da fase preparatória do procedimento, organizando-se efetivamente para tal e não encarando o procedimento como uma série de formalidades desnecessárias e desprovidas de sentido.

É da assunção das respectivas faculdades, poderes e ônus que ocorrerá a obtenção de resultados práticos, céleres e constitucionalmente adequados.

Nesses termos, após a percepção do fomento do constitucionalismo no século XX, torna-se inaceitável o entendimento que trabalha com uma separação de papéis dentro da estrutura processual, que, de um lado, posicionaria o juiz como terceiro com acesso privilegiado do que seria o bem comum e, de outro, as partes que se veriam alijadas do discurso processual, entregando seus interesses jurídicos ao critério de *bem comum* desse órgão judicial (HABERMAS, 2002, p. 295-296). Não se pode, como já se disse, colocar o papel de todos os sujeitos processuais no mesmo plano, mas, ao mesmo tempo, deve-se estabelecer que cada um, no exercício de seu papel, possa influenciar na formação da decisão, garantido-se debate e ao mesmo tempo processos mais rápidos. Impõe-se, no moderno Estado Democrático de Direito, a releitura do contraditório “como garantia de influência [das partes] no desenvolvimento e resultado do processo” (TROCKER, 1974, p. 371; COMOGLIO, 1970, p. 118).

O delineamento dessa moderna concepção isonômica do contraditório se inicia de modo mais efetivo a partir desse momento, mediante a percepção da doutrina processual germânica de que este não poderia mais ser analisado tão somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas, sim, como uma possibilidade de influência (*Einwirkungsmöglichkeit*) sobre o conteúdo das decisões (BAUR, 1954, p. 403) e sobre o desenvolvimento do processo, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa (BENDER, 1978, p. 554).



Existiria um *dever de consulta* do juiz impondo a fomento do debate preventivo<sup>15</sup> e a submissão de todos os fundamentos (*ratio decidendi*) da futura decisão ao contraditório. Pelo princípio, estariam asseguradas a igualdade de chances (*Chancengleichheit*) e igualdade de armas (*Waffengleichheit*) (BAUR, 1954, p. 408; p. 403).

O contraditório, assim, é guindado a elemento normativo estrutural da comparticipação (COMOGLIO, 1988), assegurando, constitucionalmente, o policentrismo processual (NUNES, 2008, p. 212-). Permite-se, assim, a todos os sujeitos potencialmente atingidos pela incidência do julgado (*potencialidade ofensiva*) a garantia de contribuir de forma crítica e construtiva para sua formação (TROCKER, 1988, p. 35-95; p. 74-85, *passim*).

Ao analisar o conteúdo do preceito presente no § 139<sup>16</sup>, entre outros, da *Ordenança Processual alemã* reformada e no Código de processo civil português reformado<sup>17</sup>, vislumbra-se que o direito de participação das partes não constitui um acréscimo inútil ou supérfluo. De modo que o aumento dos poderes dos juízes não significou a redução das garantias de defesa das partes, tanto que os pontos delineados por estas devem ser levados em conta na fundamentação das decisões, e ao juiz não é dada a possibilidade de decidir de ofício sem o anterior e prévio conhecimento das partes (THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009, p. 123-124).

Nota-se que, uma vez que os poderes do julgador são aumentados, impõe-se a este o dever de informar às partes as iniciativas que pretende exercer, de modo a permitir a elas um espaço de discussão em contraditório, devendo haver a expansão e a institucionalização do *dever de esclarecimento judicial* a cada etapa do procedimen-

to, inviabilizando julgamentos surpresa (BENDER, 1978, p. 554).

Desse modo, o *contraditório moderno constitui uma verdadeira garantia de não surpresa* que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em “solitária onipotência” aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes (FERRI, 1988, p. 781-782). Tudo que o juiz decidir fora do debate já ensejado às partes corresponde a surpreendê-las, e a desconsiderar o caráter dialético do processo, mesmo que o objeto do decisório corresponda a matéria apreciável de ofício (THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009, p. 125).

O contraditório efetivo nos moldes em que o acolhe o Projeto de novo Código de Processo Civil para o Brasil associa-se a um outro e não menos moderno e relevante princípio, que é o da *cooperação* ou da *colaboração*, cujo objetivo é harmonizar e equilibrar os papéis que cabem a todos os sujeitos do processo, implantando um regime de paridade entre eles e impedindo conduta preponderante do juiz na preparação do provimento jurisdicional. Nesse sentido, é emblemático o art. 5º do Projeto: “as partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência”. A regra se completa com a do art. 9º: “não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito”.

Quanto à duração razoável do processo, trata-se de um elemento essencial da garantia do *processo justo*, que, segundo a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1952, se traduz no “direito a um processo equo” (art. 6º, § 1º). O preceito constitucional tem dois destinatários: a) o *legislador*, que,

<sup>15</sup> WALTER, Gerhard, op. cit., 2001, p. 736.

<sup>16</sup> ZPO - Ordenança Processual Civil - § 139. *Direção material do processo*. Versão de 05.12.2005.

<sup>17</sup> Art. 3.3 do Código de Processo Civil português - *Necessidade do pedido e da contradição*. Versão do Dec-Lei nº 226/2008.



em aspecto geral, está impedido de criar procedimentos complicados, com diligências e pressupostos injustificáveis, cujo efeito seja apenas o de burocratizar a obtenção da tutela jurisdicional, retardando-a, sem proveito algum para as partes e para o julgador; b) o *juiz*, que recebe o comando mais direito, pois dele se exige que use todo o poder de direção para agilizar a marcha do processo e impedir que as partes eventualmente a tumultuem com expedientes e recursos meramente protelatórios.

Não é justo o processo que, sob as vistas do juiz, dura mais que o tempo reclamado para atingir o provimento judicial pacificador do litígio. Para que tal desvio não se dê, toca ao juiz exercer seus *poderes de direção*, formal ou material, instituídos para efetivar a concentração e a aceleração do processo.

Elevada a duração razoável ao plano de direito fundamental dos litigantes, reconhece-se ao princípio de economia processual, que o explica e fundamenta, a expressão de um “interesse superior da justiça”. Assume um papel, de feito enérgico e imediato, a ser policiado e praticado pelo juiz, em todo e qualquer processo, para velar pela atuação *plena e efetiva* da própria jurisdição, já que, no processo justo, não se admite compactuação com procrastinações e abusos de qualquer natureza (COMOGLIO, 2004, p. 90; 92).

Duração razoável do processo e efetividade da tutela jurisdicional são dois requisitos do *processo justo* que se entrelaçam e se completam na melhor maneira de proporcionar o acesso pleno à justiça.

Para que a duração de um determinado processo não se degenere em delonga abusiva ou injustificada, há o juiz de usar todos os seus poderes de direção, controle e estímulo, a fim de que não ocorra, ou não fique sem sanção, qualquer abuso que contrarie os ditames da economia processual e da garantia de duração razoável do processo<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> É preciso velar pela *duração razoável* do processo, para impedir que “a demora no julgamento crie uma instabilidade na situação jurídica das partes, incom-

## 9. O processo justo na sistemática do Projeto de Novo Código de Processo Civil

Ao contrário do Código atual, que se limita basicamente a regular os aspectos formais do processo civil, o Projeto aprovado pelo Senado (Proj. 166/2010) inicia sua regulamentação dedicando um capítulo com doze artigos aos “princípios e garantias fundamentais do processo civil” (arts. 1º a 12):

### a) Princípios constitucionais do processo

“O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código” (art. 1º).

Nenhuma lei pode ser interpretada e aplicada contrariando os princípios e os valores adotados pela Constituição como fundamento do Estado Democrático do Direito por ela implantado. *Princípios* como aqueles constantes da declaração dos direitos fundamentais não são programáticos, mas *normas* imperativas de aplicação imediata, haja ou não apoio de lei infraconstitucional (CF, art. 5º, § 1º).

Um dado importante da orientação prevista no art. 1º do Projeto é o reconhecimento da aplicabilidade ao processo não só das regras legais propriamente ditas, mas também dos princípios constitucionais e dos valores que os cercam<sup>19</sup>. A lembrança

patível com a noção de segurança jurídica” (GRECO, 2009, p. 24).

<sup>19</sup> Explica ALEXY (2008, p. 37) que, na ordem constitucional, tanto as regras como os princípios são *normas*, já que ambas dizem o que *deve ser* e são formulados por meio das expressões básicas de *ordem* (mandado ou comando), de *permissão* e de *proibição*. A diferença reside na maior precisão do comando da regra e na generalidade do mandado contido no princípio. “*Regras* são normas que ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam algo definitivamente. Elas contêm um dever definitivo. Quando os seus pressupostos estão cumpridos, produz-se a consequência jurídica. A forma da aplicação da regra é a da *subsunção*. *Princípios* contêm, pelo contrário, um *dever ideal*. Ele são mandamentos a serem

dos valores é feita porque desempenham eles papel decisivo na solução das colisões de princípios, evento inevitável dada a fluidez e elasticidade de todos eles. A superposição de princípios em face de uma mesma situação fático-jurídica redundaria numa colisão de valores, de modo que ao intérprete e aplicador dos princípios cumpre descobrir os valores conflitantes para hierarquizá-los, segundo um juízo de ponderação. “Dessa forma, ao elencar prioridades, permite-se a possibilidade de um procedimento de argumentação jurídica, de forma a eleger o princípio que será aplicado ao caso concreto”<sup>20</sup>.

Não se pode, pelo excesso de tecnicismo formal, reduzir a técnica da ponderação preconizada por ALEXY a uma simples operação abstrata de quantificação e hierarquização dos princípios colidentes. É preciso ter em mente que a ordem constitucional do Estado Democrático de Direito contemporâneo incorpora, em seus fundamentos, valores éticos, dos quais não é dado ao intérprete e aplicador deslembrar quando procede à solução de casos concretos.

O que se assegura hoje são sobretudo decisões justas. O manejo dos princípios constitucionais pelo juiz não há de ser

---

otimizadas(...). A forma de aplicação para eles típica é, por isso, a ponderação”.

<sup>20</sup> “O princípio da proporcionalidade [que orienta o sistema das estruturas de ponderação] consiste de três princípios [ou sub-princípios]: os princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Todos os três princípios expressam a idéia de otimização. Os direitos constitucionais enquanto princípios são comandos de otimização. Enquanto comandos de otimização, princípios são normas que requerem que algo seja realizado na maior medida possível, das possibilidades fática e jurídicas. Os princípios da adequabilidade e da necessidade dizem respeito ao que é fática ou factualmente possível. O princípio da adequação exclui a adoção de meios que obstruam a realização de pelo menos um princípio sem promover qualquer princípio ou finalidade para a qual eles foram adotados [...]. O balanceamento sujeita-se a um terceiro sub-princípio da proporcionalidade, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Esse princípio expressa o que significa a otimização relativa às possibilidades jurídicas (legal)” (ALEXY, 2003; BAPTISTA, 2008, p. 101-102).

feito de forma metafísica e acadêmica, já que esses caminhos nem sempre conduzem ao *justo* (valor moral) prestigiado no constitucionalismo vigente. É necessário atentar para a advertência de JACQUES DERRIDA (2007) de que o compromisso do julgador deve ser, de fato, com o *justo*, com os interesses das partes envolvidas, que buscam no direito a melhor solução para os seus conflitos. O apego à pura racionalidade pode não alcançar a justiça almejada. A ponderação há de abarcar mais do que o confronto valorativo dos princípios em tese. “É preciso trazer à luz o que, de fato, está dissimulado nas decisões judiciais, é preciso que julgadores tenham compromisso com as pessoas envolvidas no caso. É para elas que o Judiciário existe e não para outros interesses que, discursivamente e argumentativamente (ou melhor, “racionalmente”), convencem e persuadem o julgador” (BAPTISTA, 2008, p. 109).

Os princípios constitucionais, filtrados pela técnica da ponderação, haverão de ser interpretados não apenas de forma racional, mas também de maneira eticamente *justa*, o que só será viável se o aplicador ponderar também os interesses dos litigantes em jogo no processo. Afinal a justiça que se espera de uma sentença não é a teórica e abstrata, é a concreta, a do caso dos autos, mais precisamente. É para ele que se há de dar a melhor aplicação possível dos princípios constitucionais pertinentes.

É claro que o julgador não pode ignorar a regra e os princípios incidentes sobre o fato dos autos. Mas, pela técnica da ponderação, poderá equacioná-los com as peculiaridades do litígio, para interpretá-los e otimizá-los eticamente, vale dizer, da maneira mais justa possível.

Atuando em nome de um Estado de Direito, o juiz, em regra, não pode deixar de aplicar a lei em vigor. Só quando houver contrariedade insuperável entre o mandamento constitucional e a regra legal é que esta será havida como inválida, cabendo ao juiz negar-lhe aplicação. Se a norma infraconstitucional ensejar mais de um sentido,

o juiz rejeitará o que estiver em posição de atrito com a Constituição e adotará aquele que melhor se afeioe a esta.

b) *Princípios da demanda e impulso judicial do processo*

“O processo começa por iniciativa da parte, nos casos e formas legais, salvo exceções previstas em lei, e se desenvolve por impulso oficial” (art. 2º).

A norma consagra o princípio dispositivo na abertura do processo e o princípio inquisitivo na condução do processo instaurado pela parte até o provimento jurisdicional que lhe ponha fim.

O princípio do *ne procedat iudex ex officio* é tradicional e merece acolhida em todos os países organizados como Estados Democráticos de Direito. Explica-se pela necessidade de manter a imparcialidade do juiz, evitando atividades investigatórias em torno da origem do processo e da estipulação das questões que haverão de consubstanciar o seu objeto. A não ser assim, correr-se-ia o risco de confundir o seu papel com o de advogado ou de um delegado policial em missão de investigar fatos incertos e nem mesmo controvertidos entre os interessados.

Em relação ao impulso oficial, a regra decorre do interesse de ordem pública em que a lide seja processada segundo a pesquisa da verdade real e com o compromisso de chegar-se a uma *justa composição* dos interesses em conflito, o que deverá se dar, segundo a lei aplicável ao caso deduzido pelas partes em juízo, dentro de prazo razoável e sob impacto do princípio de economia processual (regras tendentes a garantir a celeridade na tramitação do feito).

c) *Garantia de acesso à justiça*

“Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei” (art. 3º).

A lei não pode excluir ameaça ou lesão a direito da apreciação do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Trata-se da garantia de

acesso à justiça, base primeira da garantia do devido processo legal. Se a lei não pode impedir que a parte invoque a tutela jurisdicional, o titular do direito ameaçado ou violado pode abrir mão dele ou da respectiva tutela, desde que se trate de agente plenamente capaz e de direito subjetivo disponível.

Optando os interessados pela solução arbitral, renunciam voluntariamente à tutela jurisdicional, mas apenas em torno da controvérsia sobre a qual houveram por bem não recorrer ao Judiciário<sup>21</sup>.

d) *Duração razoável do processo*

“As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa” (art. 4º).

A duração razoável do processo é um dos direitos fundamentais declarados pela Constituição (art. 5º, LXXVIII). Não é justo um processo que se alonga desnecessariamente, deixando o destinatário da tutela constitucional dela privado por um tempo exagerado. Retardar a proteção judicial a quem a ela tem direito, além do tempo necessário, equivale a uma injustiça qualificada, porque praticada justamente por aquele a quem corresponderia o dever constitucional de impedi-la e eliminá-la prontamente.

O dispositivo alerta que a tutela não se esgota com a sentença, de modo que a parte tem direito não só ao julgamento dentro do prazo razoável, pois também o cumprimento do decisório haverá de ser diligenciado com celeridade. Afinal a pretensão da parte só é realmente atendida quando o bem da vida perseguido na justiça lhe é efetivamente

<sup>21</sup> A constitucionalidade da Lei 9.307/1996 foi declarada pelo plenário do STF, sob a consideração, por maioria de votos, de que “a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF”. (STF, Pleno, SE 5206 AgR/ EP- Espanha, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, ac. 12.12.2001, DJU 30.4.2004, p. 29).

te proporcionado, pelas vias executivas, se necessárias.

e) *Princípio da cooperação*

“As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência” (art. 5º).

O dispositivo consagra o princípio da participação ativa das partes no preparo da solução dos atos decisórios, de sorte que estes não sejam fruto apenas do poder do juiz, mas recebam influência direta da contribuição esclarecedora e argumentativa de todos que esperam a melhor solução possível para as respectivas pretensões. As partes não são comandadas passivamente pela vontade autoritária do juiz. Ao contrário, na pesquisa da verdade e, principalmente, na realização efetiva de medidas de satisfação material dos atos de execução e das medidas de urgência, é incontestado o poder que têm as partes de subsidiar o juiz com informações e dados que facilitem e tornem exequível esse tipo de tutela. É importante lembrar que os atos de execução forçada e as medidas de urgência são providências que, ordinariamente, se realizam no interesse do credor (CPC, art. 612), mas que, sempre que possível, haverão de ser praticadas pelo modo menos gravoso para o devedor (CPC, art. 620). Daí por que não se pode recusar a um e outro a participação direta na deliberação e execução que lhes diga respeito.

O Projeto no art. 5º afina-se com a moderna doutrina do processo, introduzindo no direito positivo brasileiro o *princípio da cooperação* ou *da colaboração*, a exemplo do que se passa no art. 266 do CPC de Portugal, princípio que reforça a importância do contraditório como técnica de concretização da dialética do processo, impondo um alto grau de comprometimento do juiz para com as partes, e destas em relação àquele, de modo a propiciar que o fruto da atividade desenvolvida no processo pelo julgador

seja capaz de resolver adequadamente o litígio que lhe foi submetido (RAMOS, 2010, p. 331).

Adverte DANIEL MITIDIERO (2009, p. 101-103) que o princípio da cooperação redireciona o papel do juiz e das partes no processo, colocando-os numa posição *paritária*, traduzindo a ideia de que, na sociedade civil democrática, indivíduo e Estado-juiz atuam de maneira coordenada. Elimina-se a figura do juiz preponderante sobre as partes do processo, e, respeitada a natural parcialidade dos litigantes, faz com que todos os sujeitos da relação processual exerçam suas incumbências num ambiente de cooperação.

Diante do princípio da cooperação, pode-se reconhecer a imputação de três deveres ao juiz: a) dever de esclarecer as partes, b) dever de consultá-las para que supram falhas sanáveis antes de extinguir o processo sem apreciação do mérito, e c) dever de prevenir apontando deficiências supríveis e condutas processuais irregulares (DIDIER JÚNIOR, 2008, p. 58-62).

f) *Razoabilidade na construção do provimento judicial*

“Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência” (art. 6º).

O dispositivo correlaciona no processo os requisitos do processo justo com os da prestação dos serviços públicos em geral:

a) quando determina ao juiz que, no aplicar a lei, deve atender aos seus fins sociais e às exigências do bem comum, o Projeto ressalta a tarefa do intérprete e aplicador das normas jurídicas, que não pode limitar-se a uma fria operação de pura subsunção dos fatos do processo aos enunciados do direito positivo.

A tarefa do juiz é a de pesquisar e formular o direito do caso concreto,

lembrando-se de que sobre o fato litigioso nunca incide apenas uma regra jurídica. De ordinário, a solução da controvérsia depende de uma visão de conjunto do sistema em que se insere o direito feito valer em juízo. Não basta conhecer e aplicar a regra que topologicamente está mais próxima da controvérsia. É sempre necessário conjugá-la, primeiro, com a ordem maior do direito constitucional, em seguida, com o sistema infraconstitucional e, se for o caso, com o microsistema que a aparta, no todo ou em parte, do direito codificado.

Além disso, o Estado Democrático de Direito ressalta, tanto no plano constitucional como no infraconstitucional, valores éticos, políticos, sociais, que devem ser buscados, localizados e dimensionados fora dos dispositivos legislados, em terreno onde atuam valores e costumes reconhecidos pela comunidade e sem que hajam sido parametrados com precisão pela lei. Diz-se, por isso, que uma coisa é o enunciado da lei, outra muito diversa é a regra do caso concreto formulada pelo juiz quando edita o provimento com que dará solução à demanda.

Não é possível imaginar, como outrora pensaram os liberais e positivistas, que a regra do legislador estaria pronta e acabada, de modo que o juiz somente teria de reproduzi-la na sentença. O legislador nunca consegue traçar uma disciplina completa, perfeita e suficiente no enunciado de cada dispositivo. Ao intérprete cumprirá, sempre, a complementação da obra legislada, mediante um juízo de *ponderação* sobre todas as forças atuantes sobre o fato controvertido, antes de chegar à definição da regra concreta sob cuja regência a lide se formou e terá de encontrar solução.

Nesse clímax do processo, o juiz tentará harmonizar a regra legal positiva com os fins sociais a que ela se dirige bem como com as exigências do bem comum. Essa operação envolve, como é óbvio, recursos e critérios éticos, em busca de um julgamento equitativo. No plano constitucional,

preocupar-se-á, em primeiro lugar, com o respeito e a preservação de um valor supremo, que é o da *dignidade humana*, um dos fundamentos sobre que se assenta nossa República *Federativa* (CF, art. 1º, III).

b) em seguida submeterá toda sua conduta no comando do processo aos princípios que a Constituição impõe à Administração Pública exercida por qualquer dos Poderes, inclusive, portanto, o Judiciário, e que são assim enunciados pelo seu art. 37: *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*. A regra explicitada pelo Projeto de novo Código de Processo Civil tem o condão de alertar os aplicadores do direito processual e a sociedade em geral sobre o fato de que a justiça desempenha, como todos os Poderes Públicos, a administração da coisa pública, e, por isso, os juízes e tribunais não podem atuar como se os princípios editados no art. 37 da Constituição não lhes dissessem respeito. É justamente porque impera no processo o dever de um procedimento ético que se reclama a imparcialidade do juiz material, que há de ser não interessado no objeto litigioso, não podendo suscitar suspeição de qualquer natureza, e se lhe impõe, ainda, o dever de assegurar tratamento igualitário às partes, de velar pela rápida solução do litígio e de prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça (CPC, art. 125).

c) a *razoabilidade*, que o art. 6º do Projeto arrola como um dos princípios a serem observados pelo juiz, na verdade não configura, dentro da hermenêutica jurídica, um princípio. Trata-se, como esclarece HUMBERTO ÁVILA, de um postulado de ordem técnica de que o aplicador da lei tem de recorrer, principalmente, quando se depara com choque entre normas comuns e a Constituição, e principalmente quando há conflito entre regras e princípios dentro da própria ordem constitucional<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> “O postulado da razoabilidade aplica-se, primeiro, como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto [...]. Segundo, como diretriz que exige uma vinculação das



A razoabilidade, assim como a proporcionalidade<sup>23</sup>, não é, repita-se, uma regra de interpretação, mas um critério de *ponderação* para avaliar, entre as normas concorrentes, qual a mais adequada à hipótese em julgamento. Não se busca a invalidação de uma ou outra das normas em conflito, mas apenas a definição daquela que, nas circunstâncias do caso concreto, deva prevalecer, ou até onde uma delas deve incidir preferencialmente à outra ou às outras<sup>24</sup>.

Ainda que não seja um princípio constitucional, os postulados da razoabilidade e proporcionalidade são sempre aplicáveis em plano constitucional como um importante critério técnico para enfrentar problemas de conflitos normativos.

Como os conflitos de lei não são apanágio apenas do direito constitucional, já que podem também ocorrer entre enunciados infraconstitucionais, andou bem o Projeto ao recomendar a observância do princípio da razoabilidade na aplicação da lei dentro do processo, o que servirá tanto para a aplicação da lei material como da lei processual.

d) em outro sentido, a invocação do princípio da razoabilidade se presta, ainda, para lembrar que a compreensão e aplicação dos enunciados de lei não podem ser feitos de maneira rígida e inflexível, tal como se dá no terreno das ciências exatas. A lei jurídica não é exata porque não cuida do *ser* mas do *dever ser*. É concebida antes de existir o fato sobre o qual poderá eventualmente existir. Corresponde apenas a

---

normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência [...]. Terceiro, como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas" (AVILA, 2008, p. 182).

<sup>23</sup> "O postulado da proporcionalidade aplica-se nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível. A exigência da realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito" (Ibidem).

<sup>24</sup> "Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação" (*Op. cit.* p. 134).

uma antevisão genérica e abstrata de evento futuro e impreciso. Por isso, o critério de avaliação da norma jurídica diante do fato que lhe é posterior deve seguir o método da prudência, que é governado pela dialética. Cabe ao intérprete e aplicador da lei proceder a um juízo crítico sobre a sua finalidade e sobre os valores presentes à sua edição e ao momento do fato sobre que se deseja aplicá-la.

É nessa altura que ao juiz incumbe realizar um juízo axiológico, em torno dos valores e interesses tutelados, o que terá de ser feito segundo o princípio da razoabilidade, ou seja, segundo a lógica do razoável, oportunidade em que elementos éticos, econômicos, políticos e sociais poderão exercer influência significativa.

Em suma, a justiça do caso concreto não pode se resumir à pura e simples aplicação do frio enunciado de uma norma legal. A lógica do razoável terá de ser utilizada, com adequação e ponderação, para que não se consumem injustiças graves como a que os romanos condenavam na parêmia "summum jus summa injuria".

g) *Princípio da paridade entre os litigantes e contraditório efetivo*

"É assegurada às partes *paridade de tratamento* em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo *efetivo contraditório*" (art. 7º).

O dispositivo consagra o princípio da *igualdade*, fundamental no Estado Democrático de Direito (CF, art. 5º, *caput*: "todos são iguais perante a lei"), e o da *efetividade*, sem o qual não se consuma o pleno *acesso à justiça* (CF, art. 5º, XXXV). Mas, aqui não se cuida da efetividade da tutela jurisdicional como um todo, mas de sua aplicação particular à garantia constitucional do *contraditório*, que também tem de ser pleno, sob pena de a deficiência de submissão ao princípio comprometer a hididez do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV e LV).

Ao conclamar o juiz a promover o *efetivo contraditório*, o preceito tem em vista impedir que essa garantia seja vista apenas como a bilateralidade de audiência das partes. A autoridade judiciária tem que instalar no processo uma paridade de oportunidades na boa preparação do provimento final que virá a concretizar a justa composição do litígio. Para tanto, não pode se furtar ao emprego de seus poderes inquisitoriais, no que toca à promoção de diligências e à iniciativa probatória.

Com o ativismo técnico, o juiz pode implantar a verdadeira igualdade jurídica dos litigantes dentro do processo, por meio da promoção da *paridade de armas* no combate judiciário, quando por deficiência técnica a defesa de uma parte, ou de ambas, possa conduzir a resolução do litígio para terreno incompatível com a *verdade real* e com os desígnios do *processo justo*. Dir-se-á que esse ativismo pode comprometer a *imparcialidade do juiz*. A objeção é, porém, falsa, porque parcial não é só o que toma partido na defesa de uma das partes, privilegiando-a, de forma ativa, em detrimento dos interesses da outra parte. Também é parcial, de forma passiva, o juiz que assiste com indiferença o sacrifício do interesse legítimo de um dos litigantes, por ignorância do seu defensor ou falta de recursos para a busca de meios técnicos mais adequados e eficientes. Em outros termos, pode-se cometer imparcialidade, tanto ativa como passivamente.

Não há, todavia, parcialidade alguma quando o juiz exerce, por exemplo, a iniciativa da prova, ordenando a busca e incorporação de algum meio de convencimento que melhor conduza à aproximação da vontade real. Parcial seria se, ao em vez de pesquisar, por sua iniciativa, o esclarecimento do fato decisivo para a justa solução do litígio, o juiz permanecesse inerte, conduzindo o processo para o julgamento final de mérito, com a consciência de que a verdade real não foi perseguida, como devia e podia ser.

BARBOSA MOREIRA (2001, p. 29-30) combate, com acerto, a tendência equivo-

cada de confundir os conceitos de imparcialidade e de neutralidade do juiz:

“Dizer que o juiz deve ser imparcial é dizer que ele deve conduzir o processo sem inclinar a balança, ao longo do itinerário, para qualquer das partes, concedendo a uma delas, por exemplo, oportunidades mais amplas de expor e sustentar suas razões e de apresentar as provas de que disponha. Tal dever está ínsito no de ‘assegurar às partes igualdade de tratamento’, para reproduzir os dizeres do art. 125, I, do Código de Processo Civil.

Outra coisa é pretender que o juiz seja neutro, no sentido de indiferente ao êxito do pleito. Ao magistrado zeloso não pode deixar de interessar que o processo leve a desfecho justo; em outras palavras, que saia vitorioso aquele que tem melhor direito. Em semelhante perspectiva, não parece correto afirmar, *sic et simpliciter*, que para o juiz ‘tanto faz’ que vença o autor ou que vença o réu. A afirmação só se afigura verdadeira enquanto signifique que ao órgão judicial não é lícito preferir a vitória do autor ou a do réu, e menos que tudo atuar de modo a favorecê-la, por motivos relacionados com traços e circunstâncias *personais* de um ou de outro [...]. Repito, porém: ao juiz não é apenas lícito preferir a vitória da parte que esteja com a razão, seja ela qual for, senão que lhe cumpre fazer tudo que puder para que a isso realmente se chegue – inclusive, se houver necessidade, pondo mãos à obra para descobrir elementos que lhe permitam reconstituir, com a maior exatidão possível, os fatos que deram nascimento ao litígio, pouco importando que, afinal, sua descoberta aproveite a um ou a outro litigante”<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. In *Temas de direito*

ARTUR CÉSAR DE SOUZA (2010) vê nas diligências de iniciativa uma “parcialidade” que denomina de “positiva”, porque praticada na consecução efetiva do contraditório, e não com o objetivo de ‘proteger’ injustificadamente um litigante em detrimento do outro. Explica o autor:

“(…) fato é que a ‘parcialidade positiva’ não decorre, na verdade, de uma colisão de princípios entre imparcialidade e igualdade. Ela não exige uma colisão de princípios para que possa se tornar sustentável, pois, em última análise, o princípio constitucional da imparcialidade permite uma dupla perspectiva, ou seja, se por um lado o princípio da imparcialidade exige a atuação de um juiz sem qualquer vinculação ou interesse pessoal em favor de uma das partes, ou que possa realizar qualquer discriminação entre elas, por outro lado, reconhece a necessidade de o órgão jurisdicional levar em consideração as diferenças sociais, culturais e econômicas daqueles que se encontram envolvidos na relação jurídica processual, desde que essas diferenças possam de alguma maneira afetar o contraditório e a ampla defesa, como o próprio interesse da sociedade no resguardo da observância das normas legais, a fim de que não se ponha em risco a própria estabilidade do Estado de Direito Democrático”.

Quando o juiz, portanto, toma iniciativas para suprir deficiências ou omissões técnicas comprometedoras do bom resultado visado pelo processo justo, não pode, só por isto, ser acoimado de parcial, já que o impele um objetivo maior, qual seja, a realização, em concreto, da ordem jurídica. Nesse sentido, “a aceitação da tese de que o juiz imparcial não se confunde com o juiz indiferente é de fundamental importância

*processual*. Sétima Série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 29-30.

para se reconhecer nos poderes atribuídos aos juízes um mecanismo apto a diminuir as diferenças existentes entre as partes” (RABELLO, 2011, p. 117).

É à luz desse enfoque que há de ser interpretado o dever imposto ao juiz de “velar pelo efetivo contraditório”, constante do art. 7º do Projeto de novo Código de Processo Civil aprovado pelo Senado Federal.

*h) Compromisso com a celeridade e a economia processuais*

“As partes e seus procuradores têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios” (art. 8º).

Ressalta o dispositivo o caráter de cooperação que deve presidir a atuação de todos os sujeitos do processo, de modo que a resolução da lide seja, afinal, fruto do esforço conjugado do juiz e de todos os interessados na disputa judicial. Se ativamente as partes têm o direito e o poder de influir no preparo do processo para alcançar um resultado justo para a demanda, cabe também a elas o dever e a responsabilidade de fazer com que a marcha processual se desenvolva com transparência e fluidez. A garantia constitucional de que o processo tenha uma *duração razoável* e se desenvolva orientado por meios que assegurem a celeridade de sua tramitação (CF, art. 5º, LXXVIII) é a justificativa para o enunciado constante do art. 8º do Projeto.

*i) Garantia do contraditório*

“Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito” (art. 9º).

Seja o processo visto como uma relação processual ou como uma situação ou uma instituição jurídica, o certo é que o núcleo (elemento essencial) de sua caracterização

se localiza no contraditório. Ninguém pode, em princípio, ser privado da liberdade ou de seus bens, sem que lhe seja assegurada a oportunidade prévia de defesa (CF, art. 5º, LV). O contraditório, aliás, assume na ordem constitucional, uma dimensão que transcende o processo judicial. Na verdade, qualquer que seja o procedimento desenvolvido pela Administração Pública que tenha por objetivo invadir a esfera jurídica dos particulares, somente será válido se assegurado o contraditório ao interessado, como deixa claro o inc. LV do art. 5º da Constituição. A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal não exclui nem mesmo os procedimentos privados da sujeição ao contraditório, em situação como as de decisões de gestores ou assembleias de corporações civis ou mercantis que decidam em detrimento de bens e direitos dos associados<sup>26</sup>.

O contraditório, para a Constituição, vai além de uma garantia instrumental da atividade jurisdicional. Assume um sentido amplo de defesa material do direito de propriedade e de todas as figuras obrigacionais formadoras do patrimônio individual, que em seu conjunto dão à propriedade uma

<sup>26</sup> “Os princípios constitucionais como limites à autonomia privada das associações. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais”. (STF, 2ª T., RE 201819/RJ, Rel. p/ac. Min. Gilmar Mendes, ac. 11.10.2005, DJU 27.10.2006, p. 64).

dimensão de universalidade econômica, sobre a qual recai toda a proteção que a Constituição destina ao direito de propriedade. Portanto, qualquer que seja o procedimento instaurado para negar ou suprir direitos patrimoniais de alguém, somente produzirá resultado eficaz se observado o prévio contraditório e a ampla defesa.

Quanto às medidas de urgência, de que são exemplo as cautelares e as antecipatórias de tutela, seu deferimento *inaudita altera parte* não contradiz a garantia do contraditório, por dupla razão:

(i) não são fruto de decisões definitivas, mas provisórias, as quais, após o contraditório podem ser imediatamente cassadas ou reformadas; e

(ii) sua existência se explica por um critério de proporcionalidade: o contraditório existe para assegurar o pleno acesso à justiça; mas se é esse acesso que corre o risco de se frustrar pela dilação que o prévio contraditório acarretaria, o que se impõe, primeiro, é manter o acesso à justiça, por meio da medida de urgência, para, em seguida, aplicar o contraditório. A operação é típica do mecanismo da proporcionalidade entre os diversos princípios constitucionais. Sem que um anule o outro, o de maior peso e adequação nas circunstâncias do caso concreto incide com preferência. Mais tarde, dá-se aplicação também àquele que de início foi protelado. Assim, a seu tempo, ambos os princípios incidem, obedecido apenas uma sucessão e um escalonamento no tempo para viabilizar, afinal, a observância de ambos.

Preservam-se os dois princípios, apenas com o diferimento momentâneo de um deles.

j) *Garantia de não surpresa*

“O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidades de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício” (art. 10).

Na visão do processo armado para uma *justa* composição do litígio, o contraditório assume proporções maiores do que a da audiência bilateral das partes. O caráter dialético do debate processual não mais se restringe às partes. Todos os sujeitos do processo estão submetidos à dinâmica do contraditório, inclusive, portanto, o juiz. O julgador detém poder para soberamente emitir o provimento final que pacificará o litígio, mas não poderá fazê-lo senão depois de respeitado o debate exigido pelo sistema do contraditório.

O artigo 10 do Projeto consagra um dos modernos aspectos do contraditório efetivo, que vem a ser a garantia de não surpresa, por força do qual ao juiz é vedado decidir as questões suscitadas no processo, adotando fundamento ainda não debatido com as partes, mesmo que se trate de matéria passível de apreciação de ofício.

A regra que vigora em diversos países europeus tem matriz constitucional, enquanto integradora e informadora do princípio do Estado de Direito Democrático e do acesso à justiça e aos tribunais. “A afirmação da *estrutura dialética e polêmica do processo* – reconhece a doutrina portuguesa – resulta precisamente da ponderação pelo tribunal dos elementos trazidos ao debate por cada uma das partes, em tal traduzindo ‘a matriz do princípio e a sua funcionalidade’”. O princípio deve ser observado e feito cumprir, não só em *cada questão* concretamente suscitada, como também em qualquer das *diversas fases do processo, não devendo* (e não podendo), por isso, o juiz decidir qualquer questão (de direito ou de facto), ainda que de reconhecimento oficioso, sem que as partes hajam tido ensejo de sobre elas se pronunciarem” (ALMEIDA, 2010, T. 24, P. 248).

A nova concepção do contraditório originou-se no direito constitucional alemão e foi recepcionada, entre outros, pela França e Portugal, sempre como “garantia da participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a

possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão” (Freitas, 2006, P. 108).

É por isso que, salvo exceção expressa de lei, como se passa, *v.g.*, com as tutelas de urgência, nenhuma questão se decide no curso do processo, sem prévia oportunidade de discussão das partes. Na verdade, “o escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a *defesa*, no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheia, para passar a ser a *influência*, no sentido positivo de direito de incidir activamente no desenvolvimento e no êxito do processo”<sup>27</sup> (Freitas, 2006, P. 109).

k) *Fundamentação das decisões judiciais*

“Todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” (art. 11).

O dever do juiz de fundamentar todas as suas decisões (e não apenas as sentenças) é um consectário do devido processo legal e, especialmente, da garantia do contraditório, entendida como direito de influir efetivamente no desenvolvimento do processo e na formação do provimento judicial. Para cumprir esse mandamento constitucional (CF, art. 93, IX), cabe ao juiz levar em conta os argumentos de defesa das partes, dando resposta adequada àqueles que acaso sejam desacolhidos, na fundamentação do ato decisório.

Como se acha assentado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “a fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do

<sup>27</sup> Nessa nova dimensão do contraditório, os litigantes têm não só o direito de audiência bilateral, mas também o “direito a que o provimento não se fundamente em elementos subtraídos ao debate” (RABELLO, 2011, p. 71).



dever imposto pela CF 93, IX, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica da decisão e gera, de maneira irremissível, a conseqüente nulidade do pronunciamento judicial” (Nery Junior; Nery, 2009, P. 458)<sup>28</sup>.

l) *Ordem de submissão dos processos a julgamento*

“Os juízes deverão proferir sentença e os tribunais deverão decidir os recursos obedecendo à ordem cronológica de conclusão” (art. 12, *caput*).

§ 1º A lista de processos aptos a julgamento deverá ser permanentemente disponibilizada em cartório, para consulta pública.

§ 2º Estão excluídos da regra do *caput*:  
I – as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido;

II – o julgamento de processos em bloco para aplicação da tese jurídica firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em recurso repetitivo;

III – a apreciação de pedido de efeito suspensivo ou de antecipação de tutela;

IV – o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas;

V – as preferências legais”.

A regra tem como escopo evitar tratamento privilegiado entre litigantes, instituindo um escalonamento cronológico obrigatório para julgamento das causas e recursos, segundo a ordem de conclusão dos processos para decisão. Para que o tratamento igualitário seja controlável pelos interessados e pelo público, haverá uma lista dos processos em condição de julgamento, permanentemente disponibilizada em cartório.

<sup>28</sup> STF, 2ª T., HC 80.892/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, AC. 16.10.2001, DJU 23.11.2007, p. 113.

Naturalmente existem situações em que a ordem cronológica de conclusões não poderá prevalecer, seja em razão da urgência da medida a apreciar, seja em razão da singeleza do ato decisório, seja de preferências especiais criadas em lei, como *v.g.* a dos idosos e enfermos.

10. *Crítica ao modelo do Código projetado*

O Projeto, sem dúvida, é fiel ao pensamento que há duas décadas vem impulsionando as reformas paulatinas do Código de Processo Civil de 1973, cuja linha básica é a do instrumentalismo e da efetividade da prestação jurisdicional, no que toca à aproximação e intimidade entre o direito material e o direito processual, dando realce, cada vez maior, à presença e proeminência dos princípios e valores constitucionais, tanto na estrutura procedimental como nos provimentos substanciais dos órgãos judiciais.

No comprometer o processo com as normas constitucionais traçadas para configurar o acesso à Justiça, como direito fundamental, e o devido processo legal como instrumento indispensável desse acesso, o processo civil contemporâneo se imantou de propósitos éticos, políticos e sociais, que anteriormente à visão instrumentalista não se manifestavam significativamente.

Não obstante a grandeza desses ganhos, vozes minoritárias se ergueram para qualificar o modelo instrumentalista como autoritário e incompatível com a democracia participativa visualizada pelo constitucionalismo de nosso tempo. A censura se volta contra o acréscimo de poderes que o direito processual brasileiro vem conferindo aos juízes (SOUZA, H; 2010; p. 113-115; COSTA; COSTA, 2010).

A crítica, porém, não tem razão de ser. O acréscimo de poderes do juiz se deu justamente para combater os efeitos do liberalismo vigente no século XIX, que fazia do magistrado mero espectador do debate judiciário, indiferente às forças desiguais

dos contendores e aos aspectos éticos que pudessem se fazer presentes no litígio e, principalmente, na forma de solucioná-los.

O instrumentalismo, que não foi invenção brasileira, mas que teve raízes no direito europeu, mormente na doutrina italiana, foi justamente o guia condutor da jurisdição para o que, em seguida, viria ser a constitucionalização do processo em padrões condizentes com o moderno Estado Democrático de Direito.

O reforço dos poderes do juiz representou medida indispensável nessa quadra, e não se deu com anulação do papel das partes. Pelo contrário, na medida em que se reforçavam os poderes do juiz, maior era a força dos litigantes de exigir que tais poderes fossem atuados rumo à efetividade da tutela disponibilizada, e maior era a responsabilidade dos juízes pelo emprego de seus poderes, que eram vistos como *poderes-deveres* (função) e não como poderes facultativos ou discricionários.

O equilíbrio entre os papéis das partes e do juiz restou delineado, no direito processual, em consonância com a Constituição, em garantias renovadas como a do moderno *contraditório* – que deixou de assegurar apenas a audiência bilateral dos contendores, para dotá-los de efetivo poder de participar da formação de todos os provimentos judiciais – e da *fundamentação obrigatória* de todas as decisões, que não podendo representar surpresa para as partes, força o juiz a não enfrentar questão alguma mediante fundamento que antes não tivesse passado pelo crivo do debate com os interessados na resolução judicial.

Como, então, considerar antidemocrático um projeto processual que cumula as partes com tantos e tão vastos poderes de controle sobre a legitimidade dos julgamentos?

O mais ferrenho detrator do modelo processual fundado na instrumentalidade, em cujo modelo se forjou na doutrina italiana e que mereceu acolhida pela quase unanimidade dos processualistas brasilei-

ros, advoga para o processo a categoria de uma “instituição constitucionalizada essencial à democracia”. O “procedimento” que lhe corresponde haveria de ter como “traço distintivo” em relação ao gênero a “participação, em conjunto, dos destinatários do provimento na atividade preparatória deste”. Para que esse procedimento democrático realmente fosse implantado, os interessados no ato estatal teriam de participar de “sua construção de uma forma especial – em contraditório entre eles –, vez que seus interesses em relação ao ato final do procedimento são opostos”. O contraditório, assim imaginado, deixaria de ser compreendido como “mera bilateralidade de audiência (uma possibilidade de se informar e de reagir a partir de informações recebidas), para ser entendido como simétrica paridade de participação dos destinatários na *atividade preparatória do ato estatal*, sendo que esta participação tem de ser levada em consideração pelo juiz no momento da decisão”<sup>29</sup>. Ora, essa visão apelidada de *neoinstitucionalista* se resume em reclamar que todos os atos estatais, e pois também os processuais, possam ser “fiscalizados, criticados e construídos a partir de uma participação dialógico-processual de todos os cidadãos” (LEAL, 2004 apud SOUZA, H., 2010, p. 115). Isto, porém, é justamente o que a moderna visão do contraditório efetivo produz na geração do provimento jurisdicional. Se o Projeto consagra esse contraditório efetivo, que vincula não só as partes como o próprio juiz (princípio da não surpresa e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões), não há como estigmatizá-lo com a pecha de autoritário e antidemocrático.

### 11. Processo justo, segurança e justiça

O processo justo conducente a julgamento ético inspirado nos princípios

<sup>29</sup> Teoria defendida por ROSEMIRO PEREIRA LEAL, (2004, apud SOUZA, H., 2010, p. 113, em COSTA; COSTA, 2010, p. 136-138).

constitucionais suscita esperanças e apreensões. Se se tem um juiz que domina, com amplitude, o sistema jurídico, e que compreende a função otimizadora dos princípios, pode-se confiar em julgamentos mais justos, mais humanos, mais rentes ao drama do caso concreto. Mas, se o julgador compreende julgamento equitativo como aquele que não leva na devida conta as normas legisladas e que atende apenas ao seu conceito ético pessoal, o risco de graves comprometimentos aos princípios da legalidade e da segurança jurídica é evidente.

Reconhece-se uma criatividade presente na formulação da norma do caso concreto por obra do juiz. Mas não pode ele esquecer-se de que o Estado Democrático é também, e acima de tudo, um Estado de Direito, no qual o poder de normatização cabe ao legislador e não aos juízes. Portanto, o limite de criação, no juízo de ponderação, não é tão largo que possa ignorar as regras legisladas. A lei positiva é o ponto de partida para o estabelecimento da norma concreta da sentença. A justiça do caso concreto tem que respeitar a justiça contida na norma ditada pelo poder legiferante. Uma lei somente pode ser recusada pelo juiz se evidentemente se apresentar como inconstitucional, já que, com essa mácula, não será válida.

Existindo, então, lei válida, o juízo de equidade lastreado nos princípios constitucionais tem de ser exercido com cautela e adequação, visando apenas interpretá-la da forma que melhor corresponda à sua necessária harmonização com a ordem constitucional. Os valores e interesses em jogo no caso concreto não de ser ponderados para, dialeticamente, encontrar-se a otimização da lei aplicável à espécie. Criar *ex novo* uma regra diversa, contrária à do legislador, é obra que não se comporta na área de atuação da Justiça.

Não se esqueça nunca o juiz de que está a serviço de um povo que confia na segurança jurídica própria do Estado de Direito, valor fundamental que a Constituição coloca ao lado da Justiça, para que ambos

configurem, conjugadamente, os pilares de nossa República. É sobre esse suporte que também se terá de construir o *processo justo*, em que os princípios éticos desempenham papel relevante, mas sem comprometimento da ordem jurídica estabelecida pelo Poder político competente. Humanize-se o julgamento, mas não se substitua a norma legal pela vontade arbitrária do julgador.

Para CANOTILHO, “impende ressaltar que a submissão ao princípio de segurança jurídica não é exclusiva do legislador, mas cabe a todos os detentores do poder público. Tanto a Administração como a Justiça (especialmente esta) desempenham relevante papel na preservação da segurança jurídica, de sorte que suas decisões não podem aplicar as leis novas segundo interpretações ofensivas aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade e com quebra da confiança incutida aos agentes dos atos jurídicos, quanto aos efeitos normais esperados, segundo as normas e interpretações vigentes ao tempo de sua prática”<sup>30</sup>.

Enfim, e conforme já defendemos em sede de doutrina,

“O juiz, no Estado Democrático de Direito, está obrigado a decidir aplicando as regras (leis) e os princípios gerais consagrados pela Constituição. Mas não pode ignorar a lei para decidir somente em função dos princípios. A influência das regras é diferente da influência dos princípios, quando se trata de submeter o conflito à solução processual: (i) os *princípios* também funcionam como normas, mas são *primariamente complementares e preliminarmente parciais*, isto é, abrangem ‘apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão’ e, portanto, ‘não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de *contribuir*, ao lado de outras razões, para a tomada de

<sup>30</sup> Deduz-se já que “os postulados de segurança jurídica e de proteção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial” (CANOTILHO, 2011, p. 256).

decisão; (ii) 'já as regras [leis propriamente ditas] consistem em normas preliminarmente decisivas e abarcantes', no sentido de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão. Seu papel não é complementar, é principal e imediato, revelando a pretensão de gerar uma solução específica para determinado conflito (AVILA, 2008, p. 76-77).

É por isso que o julgamento da causa não pode provir apenas da invocação de um princípio geral, ainda que de fonte constitucional. Somente na lacuna da lei o juiz estará autorizado a assim decidir. Havendo regra legal pertinente ao caso, será por meio dela que o decisório haverá de ser constituído. Os princípios constitucionais nem por isso deixarão de ser observados. Isto, entretanto, se dará pela via da *complementariedade*, no plano da *interpretação e adequação* da lei às peculiaridades do caso concreto, de modo a fazer com que a incidência da regra se dê da forma mais *justa* possível, vale dizer: de maneira que a compreensão da regra seja aquela que mais se afeioe aos princípios constitucionais" (THEODORO JUNIOR, 2010, t. 22-a, p. 30-31).

Em suma, o processo justo conquistado pelo Estado Democrático de Direito recorre aos princípios constitucionais não para afastar as regras legais, mas para *otimizá-las* em sua concretização judicial, iluminando-as com os valores presentes nos direitos fundamentais.

## 12. Conclusões

O projeto de novo Código de Processo Civil para o Brasil adota um modelo que se afirma com os princípios constitucionais relativos ao acesso efetivo à justiça.

Mantém-se fiel ao padrão europeu de instrumentalidade segundo o qual, no Velho Mundo, se vem plasmando o processo *justo*, que é aquele que não só se ocupa da

legalidade, mas também da eticidade valorizada pelo moderno Estado Democrático de Direito.

As críticas que se fazem ao modelo que tem prevalecido no esforço modernizante de nosso direito processual prendem-se a sectarismos filosóficos e não anulam os méritos do Projeto.

Se ainda hoje ocorrem abusos e autoritarismo no comando de alguns processos, não é o sistema normativo que os provoca. É, isto sim, a insurreição contra o regime legal, praticada por despreparo ou desvio de poder, ocorrências patológicas que não se consegue evitar totalmente qualquer que seja o modelo procedimental eleito. Contra tais práticas ilícitas, a lei processual se ergue, mediante vários antídotos, como o do contraditório efetivo, a obrigatoriedade da fundamentação de todos as decisões, o duplo grau de jurisdição, a rescindibilidade das sentenças ilegais, a responsabilidade civil e disciplinar dos juízes, entre tantos outros expedientes preventivos e corretivos. O certo, porém, é que desvios e deficiências no exercício da jurisdição não se eliminam com leis, mas com aprimoramento da gestão do Poder Judiciário. De nada vale criar-se legislativamente um procedimento democrático e justo se os encarregados de sua aplicação não são preparados para sua adequada aplicação e se os organismos de atuação não são equipados com os recursos humanos e tecnológicos indispensáveis.

Portanto, é importante ressaltar que, a par do novo Código, haverá de ser incrementada uma política de gestão da justiça voltada para o aprimoramento tanto dos serviços judiciais como dos agentes responsáveis pela efetivação do processo justo.

## Referências

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. Trad. de Menelick de Carvalho Netto. *Ratio Juris*, Oxford, v. 16, n. 2, p. 135-136, jun. 2003.

ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito processual civil*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 1.

ALVIM, Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo: sua evolução ao lado do direito material. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 66, p. 13, jul./ago. 2010.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975-1981. 6 v.

AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo : Malheiros, 2008.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Interesse público e interesse privado nos recursos extraordinários: por uma compreensão adequada no Estado Democrático de Direito*. 2007. Belo Horizonte, Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2007. p. 34.

BAPTISTA, Isabelle de. A desconstrução da técnica da ponderação aplicável aos direitos fundamentais, proposto por Robert Alexy: uma reflexão a partir da filosofia de Jacques Derrida. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 77, n. 4, p. 94-110, nota 8, dez./2008.

BAUR, Fritz. Der Anspruch auf Rechliches Gehör. *Archiv für civilistische Praxis*, Tübingen, n. 153, p. 393-411, 1954.

\_\_\_\_\_. *Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozeß*. Berlin: Walter de Gruyter, 1966.

BENDER, Rolf; STRECKER, Christoph. Access to justice in the Federal Republic of Germany. In: CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Access to justice: a world survey*. Milano: Giuffrè, 1978. v. 1, t. 2.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 1999, v.1.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Trad. Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1973, vol. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 1.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Ética e técnica del "giusto processo"*. Torino: Giappichelli, 2004.

\_\_\_\_\_. Il 'giusto processo' civile in Itália e in Europa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 116. p. 97-158, 2004.

\_\_\_\_\_. *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*. Padova: Cedam, 1970.

\_\_\_\_\_. Voce: contraddittorio (principio del). In: ENCICLOPÉDIA giuridica. Roma: Treccani, 1988. v. 8.

COSTA, Alexandre Araújo; COSTA, Henrique Araújo. Instrumentalismo x Neoinstitucionalismo: uma avaliação das críticas neoinstitucionalistas à teoria da instrumentalidade do processo. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, n. 72, p. 127-140, out./dez. 2010.

COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1979, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1974.

\_\_\_\_\_. La garanzie costituzionale del "dovuto processo legale". *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. 9, t. 1, 81-101, 1954.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Escopos políticos do processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

\_\_\_\_\_. O Princípio do Contraditório. *Revista da PGE*, São Paulo, n. 19, p. 21-, 1981-1982.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Direito constitucional tributário e due process of Law: ensaio sobre o controle judicial da razoabilidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Foseense, 1986. p. 33.

FERRI, Corrado. Sull'effettività del contraddittorio. *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, p. 780-795, 1988.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e métodos*, 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. v. 1.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. In: INTRODUÇÃO ao direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.

GRINOVER Ada Pellegrini. *A garantia constitucional do direito de ação e sua relevância no processo civil*. Tese (Livre-Docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1972. p. 19.

\_\_\_\_\_. *Processo Constitucional em Marcha*. São Paulo: Max Limonad, 1985.



- HABERMAS, Jürgen. *Verdad y justificación*. Madrid: Trotta, 2002.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 5. ed. São Paulo: Thomson- IOB, 2004.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. Ristampa della 2. ed. Milano: Giuffrè, 1966. v. 1.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MICHELLI, Gian Antonio. *Derecho Procesal Civi.*, Buenos Aires: EJEA, 1970. v. 1.
- MITIDIERO, Daniel. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo valorativo*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MONTERO AROCA, Juan. *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*. Napoli: Edizioni Scentifiche Italiane, 2002.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do Contraditório na Atividade de Instrução. *Revista de Jurisprudência do TJRJ : Separata*, Rio de Janeiro, n. 46, 1981.
- \_\_\_\_\_. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. In: TEMAS de direito processual: Sétima Série. São Paulo: Saraiva, 2001.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo cívico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1999.
- RABELLO, Bruno Resende. *Novas perspectivas e potencialidades para o contraditório*. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.
- RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 190, p. 315-337, dez. 2010.
- RIGHI, Eduardo Camargo. A perspectiva de uma nova justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 887.
- \_\_\_\_\_. O direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional e a nova execução da sentença. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Coord.) *Atualidades do processo civil*. Curitiba: Juruá, 2007. v. 1.
- RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*. Torino: G. Giappichelli, 1995.
- ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Bogotá :Buenos Aires: Temis Depalma, 1969. v. 1.
- SOUZA, Artur Cesar de. A parcialidade positiva do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 183, p. 64-65, maio 2010.
- SOUZA, Henrique Yukio Pereira de. A presunção judicial no Estado Democrático de Direito: uma análise crítica do artigo 335 do Código de Processo Civil. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, n. 72, p. 107-126, out./dez. 2010.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1.
- \_\_\_\_\_; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 168, p. 107-141, fev. 2009.
- TROCKER, Nicolò. I llimiti soggettivi del giudicato tra tecniche di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuale. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, p. 35-95, 1988.
- \_\_\_\_\_. Il nuovo art. 111 della Costituzione e il giusto processo in matéria civile. *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, p. 381-410, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.
- WOOLF, Harry, Sir. *Access to justice: interim report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*. [London?: Lord Chancellor's Dept.?, 1995]. 266 p.
- \_\_\_\_\_. *Access to justice :final report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*. London: HMSO, 1996. 370 p.



# O juiz e o princípio da efetividade no novo CPC

Jansen Fialho de Almeida

Exige a nova ordem jurídica assegurar a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, concernente à razoável duração do processo, aí incluída a atividade satisfativa pela entrega do direito reconhecido ao cidadão. Não basta somente garantir o direito de ação, mas também a celeridade e rapidez na prestação da justiça, serviço público indisponível.

Várias alterações na legislação processual civil visaram à celeridade processual, contudo, ao que se apresenta, não trouxeram os efeitos desejados, aliado à multiplicação de demandas. Justiça tardia não é justiça, já prelecionava Rui Barbosa. E não existe pior desordem social do que a injustiça.

O Código de Processo Civil atual, apesar de todas as reformas, não se mostraram suficientes, conquanto contaminadas pelas liturgias e fórmulas usuais ainda em vigor. Em seu discurso de posse na Presidência do STF, o Ministro Cezar Peluso afirmou sobre a necessidade de se tomarem “medidas essenciais para a preservação das garantias constitucionais, necessárias a demandas sociais, oriundas da incapacidade de soluções autônomas”.

Apresenta-se aí a visão humanística da justiça em nova perspectiva. Audácia, mas com prudência. Como se exige, as mudanças propostas vêm de encontro a essa disfunção, sem obviamente chamuscar

Jansen Fialho de Almeida é Juiz de Direito - Titular da 2ª Vara Cível do DF. Membro da Comissão de Juristas do anteprojeto do novo CPC.

o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. A segurança jurídica é preservada. As inovações, ao reverso, não são abruptas ao ponto de se quebrar todo um sistema já sedimentado, mas de aprimorá-lo dentro da necessidade e sensatez.

A unificação dos prazos, a redução dos recursos meramente protelatórios, a valorização da conciliação como ideal de pacificação social, o enxugamento dos procedimentos, a abolição do excesso de formalismo, o uso da informática como forma de celeridade e objetividade, e o fortalecimento da jurisprudência nos levam à convicção de estarmos no caminho correto.

Não se pode mais aceitar que uma pessoa tenha uma resposta judicial de uma forma e seu vizinho de outra, quando a

questão julgada é exatamente a mesma para ambas. Se todas as pretensões são homogêneas, de massa, devem ter tratamento igual pela nossa Justiça, notadamente depois de amplamente debatidas.

A criação de instrumentos céleres e paritários no processamento e julgamento de demandas iguais, trazendo a resolução num único julgamento de demandas repetitivas, viabilizará a rapidez, eficiência, segurança e estabilidade jurídica às partes. Busca evidenciar o princípio da igualdade perante a lei e a justiça. Consagra-se o princípio da efetividade processual.

A proposta do novo Código põe fim a essa discrepância de postergação da realização do direito, e sem prejuízo da qualificação da resposta judicial. O tempo é agora!

# **A teoria geral dos atos processuais praticados por meios eletrônicos, a partir de um novo CPC**

Uma nova ideia acerca da instrumentalidade das formas no procedimento eletrônico

José Carlos de Araújo Almeida Filho

## Sumário

Introdução. 1. O PL e os atos processuais por meios eletrônicos. 2. Uma proteção à intimidade e privacidade. O princípio da publicidade relativizado. 3. Instrumentalidade das formas? 4. Justificando a impossibilidade de aplicação da instrumentalidade das formas. 5. Conclusão.

## *Introdução*

Os atos processuais praticados por meios eletrônicos passam a ter importância no cenário jurídico pátrio com o advento da Lei 8.245, de 1991. Ainda que a norma regulamente as relações locatícias, há, em seu contexto, normas de natureza processuais. Desta forma, como a Lei do Inquilinato prevê, desde que haja autorização no contrato, a citação poderá ocorrer por meio de fac-símile.

Em matéria de procedimento eletrônico, tem-se, em 1991, a primeira norma que prevê a adoção dos atos processuais por outros meios que não os até então considerados convencionais, como o protocolo físico das peças. Para o ano de 1991, por se tratar de ato solene, a citação, a legislação contempla um grande avanço.

Posteriormente, em 1999, com a Lei 9.800, os atos processuais passam a ser praticados por uso do fac-símile, mas com a exigência de apresentação dos originais no prazo de cinco dias de sua juntada.

José Carlos de Araújo Almeida Filho é Professor Assistente de Direito Processual na Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Pan-Americano de Direito Processual. Fundador e membro efetivo do LAFEP (Laboratório Fluminense de Estudos Processuais - UFF).



Como no ano de 1999 a Internet não era um recurso desconhecido, até porque seu grande avanço começa por volta do ano de 1996, debate-se nos tribunais a possibilidade de envio de peças processuais através de *e-mail*, tendo o Superior Tribunal de Justiça pacificado o entendimento de não ser cabível interpretação extensiva da denominada Lei do Fax.

Em 2001, então, temos o primeiro avanço em matéria de prática de atos processuais por meios eletrônicos, com a edição da Lei 10.259, que trata dos Juizados Especiais Federais. Em seu artigo 8º, possibilita-se a prática de todos os atos por meios eletrônicos, ampliando-se, assim, a concepção da já ultrapassada Lei do Fax.

No mesmo ano de 2001, contudo, há uma etapa de grandes reformas no sistema processual e tenta-se, pela primeira vez, inserir no CPC, por meio do parágrafo único do art. 154, a possibilidade de tramitação dos atos por meio eletrônico. A Lei 10.358, de 2001, possuía, em si, possibilidades de grandes alterações no sistema processual. Antes de sua promulgação, os processualistas comemoravam a possibilidade da implantação do *contempt of court* em nosso sistema - o que restou falecido ainda no Congresso (GRINOVER, 2000, p. 179-181).

Paixão e morte<sup>1</sup> do *contempt of court*, e, ainda, veto presidencial ao parágrafo único do art. 154, por não haver expressa previsão da adoção de uma estrutura de certificação digital nos moldes da ICP-Brasil (Medida Provisória 2.200-2, de 2001).

De fato, o ano de 2001, em termos de matéria legislativa, provocou a comemoração pelos Juizados Especiais e uma grande frustração naquela que poderia ser uma grande reforma processual. Nesse mesmo ano, contudo, a Associação dos Juizes Federais propõe, por meio da Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos

Deputados, a normatização de uma estrutura processual ampla: o processo eletrônico.

Tímida a proposta, a mesma originou o PL 5828/2001, e, posteriormente, alçado ao Senado, convertendo-se no PLS 71/2002, diversas alterações fundamentais foram inseridas em seu texto. Passamos, então, a conviver com a possibilidade de um sistema processual eletrônico e a ideia de uma justiça sem papel.

Retornando à Câmara, em 2006, o Deputado José Eduardo Cardozo relata o PLS, propondo diversas emendas de redação, e, finalmente, em 19 de dezembro de 2006, é promulgada a Lei 11.419.

Os anseios, os debates e as teorias envolvendo os atos processuais por meios eletrônicos não findaram com a edição da Lei 11.419 de 2006. Ao contrário, ainda suscitam grandes debates.

Em 2010, então, uma vez formada a Comissão de Juristas, por ato do Exmo. Sr. Dr. Presidente do Senado Federal, José Sarney, para elaboração de um anteprojeto do Código de Processo Civil, a chama da informatização permaneceu acesa e em todo o texto são vários os artigos que possibilitam a prática dos atos processuais eletrônicos.

Nosso texto tem por objetivo, feita esta pequena introdução e com a necessidade de traçar breve cronologia legislativa, analisar uma teoria geral dos atos processuais, de acordo com um novo modelo de Código de Processo Civil.

### 1. O PL e os atos processuais por meios eletrônicos

Devemos destacar a importância do PLS 166/2010, submetido ao Senado, após a redação da Comissão de Juristas nomeada pelo Presidente do Senado. Ele traz, em seu conteúdo, diversas práticas de atos processuais a serem realizadas por meio eletrônico, e, de alguma forma, soluciona questões ainda conturbadas da Lei 11.419, de 2006. Admitimos que o PLS poderia ter sido mais ousado. Contudo, prevaleceu, pela

<sup>1</sup> Título de artigo da Professora Ada Pellegrini Grinover, sempre adotado quando tratamos dos deveres das partes no processo.

Comissão, a prudência nesta primeira fase que vivenciamos em matéria eletrônica.

Como analisamos na introdução, desde o ano de 2001 pretende-se inserir uma política de informatização judicial em nosso país. A Lei 11.419, de 2006, insere, em nosso sistema, um verdadeiro sistema processual informatizado. Contudo, as conturbadas questões envolvendo os atos processuais por meios eletrônicos continuam sofrendo resistências.

Admitimos, outrossim, que o art. 163 do PLS 166/2010 sane diversas questões que se encontram na pauta do Supremo Tribunal Federal. A Ordem dos Advogados do Brasil, por três ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs 3869, 3875 e 3880), ataca a prática de atos processuais, especialmente pela adoção da ICP-Brasil. Um dos pontos debatidos pela OAB diz respeito ao art. 18 da Lei 11.419, tendo em vista a redação do texto, que permite ao Poder Judiciário regulamentar a prática dos atos.

Desta forma, o PL, de início, já elimina qualquer discussão que envolva a matéria. Em seu art. 163, uma alternativa para a inconstitucionalidade aparente do art. 18 da Lei 11.419, de 2006. O art. 18 da Lei de Informatização Judicial – e, pela pesquisa realizada desde 2001, a partir do PL 5828/2001, por iniciativa popular, em verdade – pretendia a redação contida no parágrafo primeiro do artigo 163. Ou seja, jamais foi intenção delegar ao Poder Judiciário a regulamentação da norma.

A redação do referido artigo, que não merece reparos – e, desde já, esperamos que não ocorra qualquer emenda em seu texto, quando de sua passagem pela Câmara dos Deputados –, já nos entusiasma para a produção de uma nova concepção acerca da instrumentalidade da forma.

O art. 163, que traduz o princípio da instrumentalidade das formas, prevê que “os atos e os termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo,

lhe preenchem a finalidade essencial.” Já em seu parágrafo primeiro, de alguma forma, supera a inconstitucionalidade aparente do art. 18 da Lei 11.419:

“§ 1º Os tribunais, no âmbito de sua competência, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade observada a hierarquia de chaves públicas unificada nacionalmente, nos termos da lei.”

A redação inserida no parágrafo primeiro, sem dúvida, seria a ideal a ser inserida no art. 18 da Lei 11.419, de 2006. E, uma vez que se trata de PL, nada impede que haja, expressamente, revogação do referido art. 18, a fim de contemplar a presente redação. Desta forma, estar-se-ia solucionando grande parte da ADI 3880 e, ainda, impedindo uma regulamentação do texto legal pelos Tribunais.

Em matéria de teoria geral dos atos processuais por meios eletrônicos, a redação do art. 163 parece-nos completa e adequada. Contudo, passamos a discutir, neste momento, a possibilidade de deformalização do procedimento eletrônico.

A partir do momento em que o próprio texto legal trata da necessidade de adoção de medidas que garantam autenticidade, integridade e validade jurídica, aliada à interoperabilidade, estamos tratando, sem dúvida alguma, de certificação digital. E, por essa razão, não poderemos conceber a prática de atos eletrônicos sem o correspondente certificado.

## *2. Uma proteção à intimidade e privacidade. O princípio da publicidade relativizado*

Relativamente ao princípio da publicidade, já debatido por nós (ALMEIDA FILHO, 2010), também é de se destacar o grande avanço legislativo contido no PL.

O art. 164 trata dos feitos que tramitam em segredo de justiça e faz especial destaque aos atos “em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade”, e, nos termos do § 2º, “o processo eletrônico assegurará às partes sigilo, na forma deste artigo”.

O princípio da publicidade, conforme leciona o Prof. Luiz Rodrigues Wambier (2002), “existe para vedar o obstáculo ao conhecimento. Todos têm o direito de acesso aos atos do processo, exatamente como meio de se dar transparência à atividade jurisdicional”. Para Pellegrini, Dinamarco e Cintra (1996), “o princípio da publicidade do processo constitui uma preciosa garantia do indivíduo no tocante ao exercício da jurisdição”. É preciso, todavia, comungarmos princípio de tamanha importância com outro, também de natureza constitucional, mas hierarquicamente superior: *o princípio da dignidade da pessoa humana*.

Sendo certo que o princípio da publicidade vedará julgamentos por tribunais de exceção e impedirá que abusos de autoridade sejam praticados (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1996, p. 69),<sup>2</sup> torna-se necessário repensarmos a forma como esse princípio deverá ser levado a cabo em meio a uma sociedade dita da informação.

Sendo o princípio da publicidade uma garantia constitucional, constituindo-se, nas lições de Egas Dirceu Moniz de Aragão (1998), autoritarismo o ato do juiz que restringe o livre acesso às informações contidas nos autos, é preciso entender o alcance subjetivo dos textos legais. Em matéria de atos processuais por meios eletrônicos e da possibilidade de inserção de todo o conteúdo na Internet, sem dúvida alguma poderá haver casos em que a honra, a privacidade e a intimidade poderão ser violados.

É por essa razão que a norma do PLS 166/2010 é consistente e incensurável. Ao escrevermos, inicialmente, no ano de 2007, sobre a Lei 11.419, afirmamos que a *virtua-*

*lização*<sup>3</sup> do processo não se preocupa, como deveria, com o respeito ao tratamento de dados pessoais. A diretiva da Comunidade Europeia nos mostra quão frágeis serão os argumentos para se manter rígido o princípio da publicidade diante do formato do *processo eletrônico* no Brasil. Nos termos do art. 5º, X, da Constituição da República Federativa do Brasil, a intimidade e a vida privada são amparadas pelo direito.<sup>4</sup> Para Pellegrini, Dinamarco e Cintra (1996), “... toda precaução deve ser tomada contra a exasperação do princípio da publicidade. Os modernos canais de comunicação de massa podem representar um perigo tão grande como o próprio segredo.”

A *publicidade excessiva*, como vem ocorrendo hodiernamente e que se ampliará com a inserção do Processo Eletrônico em nosso sistema processual, viola princípios constitucionais de relevante importância, como o da intimidade e o da própria personalidade.

Sem dúvida, as questões doutrinárias, especialmente a partir da Resolução 121 de 2010, do CNJ, foram apreciadas pela Comissão. Resta-nos analisar uma concepção acerca do princípio da instrumentalidade das formas e uma possível teorização acerca de novas nulidades processuais.

### 3. Instrumentalidade das formas?

A partir de toda a construção doutrinária realizada até o presente momento e com o reforço contido no parágrafo primeiro do art. 163 do PLS, será que podemos,

<sup>3</sup> Termo que não adotamos, mas que vem sendo utilizado a fim de apresentar a informatização judicial no Brasil.

<sup>4</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

<sup>2</sup> Relativamente à Revolução Francesa e à independência do Judiciário.

realmente, admitir a aplicação da teoria fundada na instrumentalidade das formas? Estaríamos diante da possibilidade de uma deformalização digital?

Admitimos que não! Admitimos, sim, que uma nova concepção acerca da produção e concretização dos atos processuais por meios eletrônicos deva ser realizada.

Sabemos, todos, que o ato processual tem por objetivo adquirir, extinguir ou modificar direitos processuais. Dessa forma, seguindo a linha de pensamento de Francesco Carnelutti, como bem ressalta Jônatas Luiz Moreira de Paula (2002) “(...) o ato processual é espécie de ato jurídico e é praticado em razão de uma relação processual. A processualidade do ato não se deve ao seu cumprimento no processo, mas por criar efeitos no processo.”

Diferentemente do ato jurídico, o ato processual gerará efeitos endoprocessuais. O Prof. Jônatas de Paula traz interessante distinção acerca dos atos jurídicos no sentido *puro*, conforme suas explicações e o ato processual. O reconhecimento de paternidade realizada em Cartório, por exemplo, na presença de um notário é ato jurídico *puro*, ao passo que, mediante sentença, que é ato processual exclusivo do juiz, o reconhecimento de paternidade após regular tramitação do processo é ato processual.

A distinção se faz oportuna, porque, no processo eletrônico, os atos processuais deverão ser revestidos de autenticidade, integridade e segurança, uma vez que deverão ser praticados com a adoção da infraestrutura de chaves públicas.

Um ato jurídico *puro* poderá ser inserido no processo, desde que preenchidos os requisitos de validade contidos na Medida Provisória nº 2.200-2/2001, valendo destacar a parte em que trata do documento eletrônico:

“Art. 10. Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória.

§ 1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiras em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil.<sup>5</sup>

§ 2º O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.”

Como são os atos processuais praticados pelos sujeitos do processo, eles são divididos em *atos do juiz*, *atos dos auxiliares da justiça* e *atos das partes* e todos deverão ser praticados com a devida certificação digital.

A partir do momento em que se opta pela prática do ato processual por meio eletrônico, ou, ainda, que se trate de feito cujo trâmite seja eletrônico, é de fundamental importância a adoção da ICP-Brasil. Ao analisarmos o PLS 166/2010, podemos observar uma série de atos que serão praticados por meios eletrônicos.

Diante do texto científico e da necessidade de compilação, destacaremos, no próximo tópico, alguns artigos inseridos no PLS 166/2010, com as respectivas considerações, a justificar a impossibilidade de adotar-se o princípio da instrumentalidade das formas.

#### 4. Justificando a impossibilidade de aplicação da instrumentalidade das formas

Ainda que o art. 163 do PLS traduza o atual art. 154, com apego no art. 244, a integrar a teoria da deformalização ou da

<sup>5</sup> No Código Civil em vigor, o artigo corresponde ao art. 219.

instrumentalidade das formas, entendemos não ser possível, ao menos nesta fase, a aplicação da mesma.

Sabemos que o processo, até o século XIX, não era uma ciência. Dependente do direito material, a partir do século XIX há uma quebra de paradigma e o processo passa a ser um fim em si mesmo. As quebras de paradigmas são necessárias e sustentam o nosso sistema. Mas a formalidade excessiva acabou por prejudicar a essência do processo e o mesmo, a partir de teorias fundadas no acesso à justiça e na efetiva aplicação da norma, passou a ser um instrumento.

Destaque-se que, apesar de o processo não ser um fim em si mesmo, ele possui uma missão de extrema importância, que é a pacificação social. E, a partir de então, vale mais o ato que a forma. Chegamos, então, no século XXI, com uma nova e necessária quebra de paradigma: o processo, apesar de não ser um fim em si mesmo e já ter superado a fase de extrema formalidade, necessita, em matéria processual eletrônica, retornar ao formalismo.

Não estamos, aqui, defendendo o formalismo extremado, a ponto de extinguir-se o feito, sem apreciação de mérito, por questões que possam ser superadas, adotando-se o princípio da instrumentalidade das formas. Mas, por outro lado, é preciso, diante da prática de atos solenes, apresentarmos uma posição concreta acerca da necessidade de certificação digital, sob pena de nulidade – ou inexistência – do ato praticado.

Pela análise dos artigos destacados, poderemos concluir pela necessidade dessa formalidade.

O art. 172 do PLS trata dos atos do juiz e da assinatura de ditos atos. Nos termos do § 2º, “a assinatura dos juízes, em todos os graus de jurisdição, pode ser feita eletronicamente, na forma da lei”. A faculdade que a norma cria não é absoluta. Trata-se de faculdade no que tange à assinatura de documento formado eletronicamente. Dessa forma, o que se permite é a prática do ato

judicial por meio eletrônico com a necessária assinatura. Mas, se não houver uma assinatura digital, não poderemos conceber a autenticidade do ato. Em outras palavras, um ato assinado por meio de *login* e senha, que é modalidade de assinatura eletrônica – e não assinatura digital –, não está revestido de autenticidade, integridade e segurança. Portanto, não se tem um ato praticado, mas a inexistência de ato processual.

Em matéria de assinatura no processo, não podemos admitir o uso de *login* e senha. M. H. M. Schellekens (2004), em sua obra sobre assinatura eletrônica, afirma ser importante a inserção do *token* (ou o *smart card*), segundo a legislação alemã, para a autenticidade do documento, assim como para afirmar que assinou aquele documento. Trata-se não somente da forma, mas da origem do documento, o que, certamente, não ocorrerá apenas com a utilização de senha.

Por outro lado, o mesmo autor assevera que a adoção de senhas é recurso absolutamente limitado, porque, como exemplifica em sua obra, a maioria das pessoas, se não todas, adotam uma única senha para todos os serviços e não raras as vezes os computadores armazenam senhas em seus dispositivos. Assim sendo, senha com cadastro não é seguro.

A fim de concluir o nosso pensamento e afirmar que não se pode, nesta fase, prescindir da certificação digital, a solenidade dos atos processuais analisados demonstra a impossibilidade de instrumentalidade das formas em caso de não se adotar a ICP-Brasil. E esta é a melhor solução para a norma em questão, sendo certo que as interpretações que vêm sendo adotadas somente farão com que o procedimento eletrônico se apresente absolutamente falho.

Se, nos termos do art. 176, § 1º, “se tratar de processo total ou parcialmente eletrônico, os atos processuais praticados na presença do juiz poderão ser produzidos e armazenados de modo integralmente digital em arquivo eletrônico inviolável, na



forma da lei, mediante registro em termo, que será assinado digitalmente pelo juiz e pelo escrivão, bem como pelos advogados das partes”, estamos tratando de segurança.

E não haverá segurança sem o preenchimento de requisitos legais. Ainda que não haja contaminação do ato, por inexistir determinação nesse sentido, questiona-se se é possível aproveitar-se este ato praticado sem as observâncias legais.

A resposta conduz para a negativa. O ato, a ação poderá não estar contaminada, mas a produção do ato sem dúvida estará. A reprodução do atual art. 244 se encontra no art. 252:

“Art. 252: Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.”

Quando afirmamos que a inserção dos atos processuais e de toda sistemática processual se modifica com a informatização, e, a partir de então, passamos a ter um *plus* nos conceitos basilares do processo, é porque não se pode dissociar a técnica exigida para a informatização.

Desta forma, como os atos processuais visam adquirir, modificar ou extinguir direitos processuais, temos a sua finalidade exposta. Mas como trabalhar com essa afirmação conceitual, se não atentarmos para os requisitos próprios de um procedimento eletrônico, ou seja, a segurança? Não teremos segurança se atos forem praticados sem observância de requisitos legais indispensáveis: no caso estudado, a certificação digital.

E, para afirmar o que se pretende, há prescrição de forma para a formação de um documento (art. 10 da MP 2.200-2, de 2001) e a exigência do CPC de que os atos sejam assinados. Quando muito, poderá o juiz, nos termos do art. 257, declarar quais atos são atingidos e determinar que os mesmos sejam novamente repetidos ou retificados.

Adotar a teoria da nulidade dos atos processuais por meios eletrônicos à ausên-

cia dos requisitos legais não impedirá o desenvolvimento do processo. Ao contrário, estar-se-á garantindo a sua eficiência.

E, nesta sistemática, quando estamos diante de atos de comunicação processual, a exigência se apresenta mais contundente. A citação, nos termos do art. 215 do PLS, poderá ser realizada por meio eletrônico, “conforme regulado em lei”. A lei, no caso, é a 11.419 de 2006.

Analisando o art. 8º da Lei 11.419 de 2006, podemos verificar que o uso da assinatura digital é indispensável:

“Art. 8º Os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas.

Parágrafo único. Todos os atos processuais do processo eletrônico serão assinados eletronicamente na forma estabelecida nesta Lei.”

Para todos os fins, a citação realizada por meio eletrônico será considerada pessoal. Desta forma, não podemos, especialmente diante de atos solenes, como os de comunicação processual, prescindir dos requisitos de segurança, integridade e autenticidade dos atos.

O PLS 166/2010 contempla diversos atos processuais a serem praticados por meios eletrônicos, seja no processo de conhecimento, seja no processo de execução. Em sua maioria, são atos solenes que necessitam forma e requisitos legais, e, sem dúvida, à falta dos mesmos, o prejuízo da parte poderá ser irreparável.

Imagine-se, por exemplo, o cômputo do prazo inserido no art. 248 do PLS, que prevê a intimação por meio eletrônico. À falta de qualquer dos requisitos de segurança, integridade e autenticidade, gerará a nulidade do ato de comunicação. Sem dúvida, são atos solenes, e, por esta razão, não podemos prescindir da certificação digital e aplicar-

-se o princípio da instrumentalidade das formas.

Até mesmo porque, para asseverar, o PLS, de alguma forma, cria a figura jurídica do *domicílio eletrônico*, tal e qual se fez inserir no Decreto 70.235, de 1972 (Lei do Processo Administrativo Tributário), ao transformar em requisito da petição inicial a inserção do endereço eletrônico<sup>6</sup>.

Ao discorrer sobre a simplificação do processo, o Professor Dinamarco apresenta a evolução trazida com as *Reformas ao Código de Processo Civil*, enumerando diversos dispositivos que colaboram para uma prestação jurisdicional mais ágil e eficiente, destacando a possibilidade de os auxiliares da justiça praticarem atos meramente ordinatórios (art. 162, § 4º, do atual CPC).

A teoria do Professor Dinamarco encontra resistência em José Carlos Barbosa Moreira (1992),<sup>7</sup> quando afirma que a técnica processual é imprescindível. Ao escrevermos sobre o pedido no sistema do *common law* e o *princípio da adstrição* (ALMEIDA FILHO, 2005), inserimos o pensamento do Professor Barbosa Moreira (1992), desta forma:

“Ainda que a doutrina moderna venha defendendo o princípio da instrumentalidade das formas, com o fim de se aproveitar ao máximo os atos processuais, desformalizando-o. Contudo, esta desformalização encontra grande oposição em alguns processualistas, dentre eles no Prof. José Carlos Barbosa Moreira, *cf.* A

<sup>6</sup> Art. 262. A petição deve vir acompanhada do instrumento de mandato, que conterá o endereço físico e eletrônico do advogado, para recebimento de intimações.

Art. 293. A petição inicial indicará: (...) II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a profissão, o número no cadastro de pessoas físicas ou do cadastro nacional de pessoas jurídicas, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;

<sup>7</sup> Cedido o texto pelo autor, disponível em [www.almeidafilho.adv.br/academica/index\\_archivos/novoseculo.pdf](http://www.almeidafilho.adv.br/academica/index_archivos/novoseculo.pdf).

*Justiça no Limiar do Novo Século*, recebida por meio eletrônico, que afirma: ‘e, por maior relevância que possam assumir outros meios de solução de conflitos<sup>8</sup>, seria perigoso apostar muito na perspectiva de um desvio de fluxo suficiente para aliviar de modo considerável a pressão sobre os congestionados canais judiciais. Somem-se a isso fatores como a crescente complexidade da vida econômica e social, o incremento dos contactos e das relações internacionais, a multiplicação de litígios com feição nova e desafiadora, a fazer aguda a exigência de especialização e de emprego de instrumentos diversos dos que nos são familiares, e ficará evidente que não há como fugir à necessidade de mudanças sem correr o risco de empurrar para níveis explosivos a crise atual, em certos ângulos já tão assustadora.

Apesar de manifestarmos nossa posição em favor do princípio da instrumentalidade das formas e da deformalização do processo, admitimos que, em matéria de informatização judicial, devemos ser extremamente técnicos e não transigir com as formas. Por outro lado, podemos admitir que o processo eletrônico já é uma forma de deformalização, se o compararmos com

<sup>8</sup> Vem merecendo grande atenção, nos últimos anos, o tema dos meios “alternativos” de composição de litígios (que não se confunde com o do chamado “direito alternativo”). Dele se cuidou, por exemplo, no Congresso da Associação Internacional de Direito Processual de 1987, em Utrecht (*vide* o relatório brasileiro, de Ada Pellegrini Grinover, denominado “Deformalização do processo e deformalização das controvérsias” (1990, p. 1.275 et seq.), e o relatório geral de Blankenburg e Taniguchi, intitulado “Informal Alternatives to and within For-mal Procedures”, no v. *Justice and Efficiency*, editado por Deventer Wedekind - Antuérpia - Boston, (1989, p. 335 et seq.), e o simpósio realizado em Tóquio, em agosto deste ano, cujo temário, subordinado ao título geral *Civil Justice in the Era of Globalization*, compreendia um tópico dedicado ao assunto e designado como *Dispute Resolutions and Legal Culture*.”

o processo *físico*, ou *convencional*. E é exatamente por essa razão que não admitimos a inserção do princípio da instrumentalidade no mesmo.

### 5. Conclusão

A palavra de ordem para o direito processual, no século XIX, foi a sua total independência. Uma ciência se formulou e um paradigma se quebrou, justificando-se a finalidade em si mesmo. A partir do século XX, as teorias que consagram a instrumentalidade das formas passam a ter relevo e a palavra de ordem é acesso à justiça: amplo e eficaz.

O século XXI, para os processualistas brasileiros, inicia-se com normas que passam a prever a informatização judicial: os Juizados Especiais Federais, a grande reforma de 2001, com a tentativa de inserção do parágrafo único ao art. 154, e, posteriormente, como grande avanço processual, a edição da Lei 11.419 de 2006.

Algumas preocupações circundaram os estudiosos, sendo que, para o nosso trabalho, em termos de atos processuais, dois pontos são marcantes, decisivos e o PLS, de alguma forma, os contempla: a necessária relativização do princípio da publicidade e uma arquitetura judicial para garantir a integridade dos atos processuais.

Em matéria de publicidade, como destacamos, o CNJ já regulamenta as informações nos portais dos Tribunais, com a edição da resolução 121, de 2010. O PLS amplia o que se pretendeu na referida resolução e trata, com seriedade e profundidade, o tema.

Justificamos nossa posição quanto à instrumentalidade das formas, porque a tendência moderna de se aproveitarem ao máximo os atos processuais, em matéria eletrônica, poderá ser muito perigosa. O Superior Tribunal de Justiça, especialmente com decisões do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, um dos pilares das *Reformas Processuais*, privilegia o instituto

da desformalização, por meio do *princípio da instrumentalidade das formas*.<sup>9</sup> Trata-se de providência salutar aplicável ao processo, como um todo. Mas não na forma eletrônica! Importante ressaltarmos recente decisão proferida pela Ministra Fátima Nancy, em que releva o princípio da instrumentalidade:

“Processual Civil. Retificação do polo passivo da relação processual após a contestação. Instrumentalidade das formas. Aplicação. Possibilidade. Existência de prejuízo. – A prevalência do caráter instrumental do processo deve ser adotada de forma criteriosa, verificando-se, com acuidade, a existência de possíveis prejuízos para a parte em desfavor da qual o princípio é aplicado.

– Constatando-se a existência de evidentes prejuízos para uma das partes, inviável a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas.

Recurso provido para extinguir o processo sem julgamento do mérito.” (REsp. 763.004/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25.09.2006, DJ 09.10.2006, p. 292)

Na questão específica do tema abordado neste texto, a fim de evitar análise de cada caso, o princípio da instrumentalidade das formas deve ser expurgado. E justificamos a nossa posição, que, admitimos, será ainda combatida. Mas é importante manifestarmos esta posição.

Se estamos diante de um procedimento eletrônico, com necessidade de adoção de certificados digitais, para a garantia de integridade, autenticidade e segurança, os atos processuais deverão obedecer, estritamente, esses três requisitos, sob pena de *abrir-*

<sup>9</sup> A respeito, *vide* REsp. 178432/98. Ao realizar uma busca no STJ, aparecem 217 acórdãos tratando do tema, podendo ser visualizados em <[http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&livre=INSTRUMENTALIDADE+E+FORMAS&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=200](http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=INSTRUMENTALIDADE+E+FORMAS&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=200)>.

mos espaço para os mais diversos problemas de adulteração dos atos já praticados.

A adoção da ICP-Brasil, mediante a Medida Provisória nº 2.200-2/2001, garante essa segurança e impede que haja modificação de documentos. Admitimos, ainda, que o ato processual desprovido de certificação digital corre o risco de ser absolutamente nulo e, por essa razão, não se pode aplicar o princípio da *instrumentalidade das formas*, porque se trata de matéria prevista em lei e cujos efeitos não se aproveitarão em caso contrário.

Vigora, neste momento incipiente, alguns princípios e normas de convivência social: *lealdade processual, ética e, acima de tudo, muito bom senso*.

A realidade do processo eletrônico, a partir de uma efetiva implantação, e, agora, com a sua sustentação por meio do *Novo CPC*, proporcionará, sem dúvida, aceleração do Judiciário, mas, em termos de atos processuais, repetimos, com muita cautela deverão ser analisadas as questões.

Temos grandes desafios a serem enfrentados. É a academia possui papel de extrema relevância neste cenário que se apresenta, com modificações substanciais. Esperamos que, assim como se debateu acerca do princípio da publicidade, a ideia de se debater sobre a deformalização do processo provoque as necessárias críticas para aprimoramento de uma sistemática processual que zela pela eficiência.

### Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMADA, José Ferreira de. *A garantia processual da publicidade*. São Paulo: RT, 2005.

ALMEIDA FILHO, Agassiz de; CRUZ, Danielle da Rocha. (Coord.). *Estado de Direito e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo; CASTRO, Aldemario Araujo. *Manual de informática jurídica e direito da informática*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: WVC, 1999.

\_\_\_\_\_. *Apostila para a cadeira de Direito e informática*. Disponível em <<http://www.almeidafilho.adv.br/academica>>. Acesso em: 13 maio 2011.

\_\_\_\_\_. *O Direito como Sistema Autopoiético*. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/odireitocomosistemaautopoietico.doc](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/odireitocomosistemaautopoietico.doc)>. Acesso em: 13 maio 2011.

\_\_\_\_\_. "O pedido e o princípio da adstrição". In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). São Paulo: RT, 2005.

\_\_\_\_\_. *Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico: a informatização judicial no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. *Acesso à justiça em preto e branco: retratos institucionais da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ALVIM, José Manoel de Arruda. *Manual de Direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito processual civil*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao código de processo civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 2.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O Direito nas sociedades humanas*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BORRUSO, Renato et al. *L'informatica del diritto*. Milão: Giuffrè, 2004.

BUFFA, Francesco. *Il processo civile telematico: la giustizia informatizzata*. Milão: Giuffrè, 2002.

BURKE, Peter. *Uma História social do conhecimento*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

CALMON FILHO, Petrônio. *Comentários à lei de informatização do processo judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *A Arte do Direito*. Russel: Fortaleza, 2006.

\_\_\_\_\_. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Pádua: Cedam, 1926.

CAMPILONGO, Celso Fernandes et al. (Coord.). *Direito, cidadania e justiça. ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e Filosofia jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000.

- CASTRO, Aldemario Araujo. *Informática jurídica e Direito da informática*. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br>>. Acesso em: 13 maio 2011.
- CASTRO, Catarina Sarmiento e. *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*. Coimbra: Almedina, 2005.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito processual civil*. São Paulo: Boelseller, 1998.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação histórica dos Direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de Direito processual civil*. 2. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002. v. 1.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. 1.
- \_\_\_\_\_. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FRIEDENTHAL, Jack H; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil procedure*. 3rd ed. Minnesota: West Group, 1999.
- GRECO, Leonardo. *Teoria da ação*. São Paulo: Dialética, 2003.
- GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direito e internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*. São Paulo: RT, 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- \_\_\_\_\_. *O processos, estudos e pareceres*. São Paulo: DPJ, 2006.
- GURVITCH, Georges. *Elementos de Sociología jurídica*. Granada: Editorial Comares, 2001.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 2. ed. Tradução de J. Cretella Junior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos humanos*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001.
- LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Inteligência coletiva*. São Paulo: Loyola, 2003.
- LLOYD, Dennis. *A ideia de lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. 1.
- MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e processo*. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2005.
- MACEDO, Ubiratan Borges de. *Democracia e Direitos humanos*. Londrina: Humanidades, 2003.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento no recursos extraordinário e especial*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Execução civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.
- MELLO, Cleyson M.; FRAGA, Thelma (Coord.). *Novos Direitos: os paradigmas da pós-modernidade*. Niterói: Impetus, 2004.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Temas de Direito processual*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2005.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiadamente humano*. Companhia de Bolso, SP: 2000
- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Manole, 2002.
- PAULA, Wesley Roberto de. *Publicidade no processo judicial eletrônico: busca da indispensável relativização*. São Paulo: LTr, 2009
- PEREIRA, Timóteo Ramos. "Desconexão Digital". *Revista O Advogado*, n. 39, Portugal, jan. 2004.
- PINTO, Cristiano Paixão Araujo. *Modernidade, tempo e Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- RAO, Vicente. *O Direito e a vida dos Direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. v. 1.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROSA, F. A. de Miranda. *Poder, Direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.
- ROVER, Aires. *Direito e informática*. São Paulo: Manole, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Sistemas especialistas legais: uma solução inteligente para o Direito*. Disponível em: <<http://www.teledireito.com.br/ler.php?id=100&categoria=Administrativo e E->>>. Acesso em: 29 abr. 2006.
- RÚA, Fernando de La. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Depalma, 1991.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2000.



SHELLEKENS, M. H. M. *Electronic signatures. authentication technology from a legal perspective*. Netherlands: Asser Press, 2004.

SILVA, Ovídio Batista A. da. *Curso de processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual civil*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.

TOCQUEVILLE, A. *De la démocratie en Amérique*. Paris: Gallinard, 1961.

TRINTA, Fernando Antônio Mota; MACEDO, Rodrigo Cavalcanti de. *Um estudo sobre criptografia e assinatura digital*. Disponível em: <<http://www.di.ufpe.br/~flash/ais98/cripto/criptografia.htm>>. Acesso em: 9 jan. 2006.

VIANNA, Tulio Lima. *Do rastreamento eletrônico como alternativa à pena de prisão*. Disponível em: <[http://www.tuliovianna.org/index.php?option=com\\_](http://www.tuliovianna.org/index.php?option=com_)

[docman&task=doc\\_download&gid=63&Itemid=>](#). Acesso em: 22 mar. 2009.

UNIVERSIDA DE LOS ANDES. *Derecho de internet & telecomunicaciones*. Buenos Aires: Legis, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Curso avançado de processo civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 2002. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Sentença civil. liquidação e cumprimento*. São Paulo: RT, 2006.

\_\_\_\_\_; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 2. São Paulo: RT, 2006.

WATSON, David. *Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: BCD Editores, 2001.

# O futuro da prestação jurisdicional

José Eduardo Cardozo e  
Marivaldo de Castro Pereira

Os grandes avanços tecnológicos que marcaram as últimas décadas criaram condições para que, a cada dia, surjam novas ferramentas capazes de revolucionar a troca de dados e informações, reduzindo substancialmente o tempo e até mesmo o espaço que condicionavam a efetivação das relações entre as pessoas.

Tal desenvolvimento ensejou, ao longo das últimas décadas, uma consciência social crescente acerca da importância da tutela estatal de direitos que, por muitos séculos, não eram dotados de valorização ou eficácia jurídica, como o direito ao meio ambiente saudável, os direitos dos consumidores, entre outros direitos.

O impacto desse novo dinamismo social na legislação é imediato. Diversos grupos sociais se mobilizam para que o arcabouço jurídico vigente seja adaptado aos novos direitos e deveres que brotam, quase que diariamente, na sociedade. De fato, uma regulação em consonância com a realidade em que vivemos mostra-se imprescindível para a manutenção da legitimidade e eficácia do ordenamento jurídico, além de contribuir para a continuidade do processo de desenvolvimento econômico e social.

No Brasil, essa pressão social tem propiciado constantes alterações normativas. O redesenho do papel do Estado, a proteção de novos direitos, a positivação de novos institutos, a regulamentação do uso de

José Eduardo Cardozo é Ministro da Justiça.  
Marivaldo de Castro Pereira é Secretário de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça.

novas tecnologias e a modernização do sistema de justiça são temas que têm ocupado os debates legislativos nos últimos anos. É fundamental que o sejam, tendo em vista a necessidade de adaptação da legislação brasileira aos desafios dos tempos atuais.

No âmbito do sistema de justiça, esse debate tem sido constante desde a promulgação da Constituição de 1988, quando tiveram início alterações não apenas de diversos pontos da legislação infraconstitucional, mas também do próprio texto constitucional. Transcorridos menos de quatro anos após a promulgação da Constituição, foi apresentada ao Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição nº 96, de março de 1992, conhecida como PEC da Reforma do Poder Judiciário. Após intensos debates que duraram mais de doze anos, a proposta foi parcialmente aprovada, resultando na Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004<sup>1</sup>.

As inovações trazidas pela Emenda tiveram por objetivo a melhoria da gestão, a ampliação do acesso, o aumento da celeridade e a modernização do sistema de prestação jurisdicional.

Entre as diversas medidas para a melhoria da gestão, destaca-se a criação de dois novos órgãos: o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público. Ambos são responsáveis pelo controle da atuação dos membros da magistratura e do Ministério Público, respectivamente, no que se refere aos aspectos administrativos, financeiros, e o cumprimento de deveres funcionais. A mudança foi inserida em nossa Constituição a partir do acréscimo dos artigos 103-B e 130-A.

Em relação à ampliação do acesso à justiça, a redação dada ao art. 132 da Constituição assegurou às Defensorias Públicas estaduais autonomia funcional e admi-

nistrativa, além da iniciativa de proposta orçamentária.

Quanto ao aumento da celeridade e modernização do sistema de prestação jurisdicional, a proposta trouxe uma série de inovações, destacando-se a inclusão do direito à “duração razoável do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação”<sup>2</sup> entre o rol de direitos e garantias fundamentais. Além disso, a proposta trouxe novos instrumentos como as súmulas vinculantes, o requisito da repercussão geral para o recurso extraordinário e o incidente de deslocamento de competência, aplicável nos casos de graves violações de direitos humanos<sup>3</sup>. Tais instrumentos seriam a base para que os três poderes pudessem implementar reformas substanciais capazes de modernizar o sistema de prestação jurisdicional.

No âmbito da legislação infraconstitucional, as alterações relacionadas ao sistema de prestação jurisdicional foram ainda mais profundas, tendo em vista a necessidade de atualizar as principais normas que regem a tramitação dos processos em nosso país. Os movimentos de reforma alcançaram principalmente o Código de Processo Penal, instituído pelo Decreto-Lei nº 3.869, de 1941, e o Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 5.869, de 1973.

De forma muito simplificada, podemos dividir as reformas da legislação processual após a Constituição de 1988 em cinco movimentos principais. O primeiro deles ocorreu no início da década de 90, a partir do trabalho da Comissão revisora instituída no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e que resultou na apresentação de projetos de alteração do diploma processual civil. Todas as propostas eram voltadas para a simplificação de procedimentos, o au-

<sup>1</sup> A referida proposta de emenda foi “fatiada” no Congresso Nacional, de maneira que a parte aprovada deu origem à Emenda Constitucional nº 45 e a Proposta de Emenda Constitucional nº 358, de 2005 ainda em tramitação.

<sup>2</sup> Conforme dispõe o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição.

<sup>3</sup> Os institutos estão previstos nos seguintes dispositivos: súmula vinculante, art. 103-A; repercussão geral, §3º do art. 102; e incidente de deslocamento de competência, §5º do art. 109.

mento do poder geral de cautela do juiz e a redução da morosidade processual. Dos onze projetos apresentados pela Comissão, dez foram convertidos nos três anos subsequentes. Entre os avanços conquistados, podemos destacar: a ampliação do poder geral de cautela dos juízes; a possibilidade de antecipação da tutela pretendida pelo autor; e a simplificação do procedimento para a interposição de recurso<sup>4</sup>, mudanças que alçaram o processo civil brasileiro a um novo patamar.

Já em 2000, o movimento de reforma teve como foco o Código de Processo Penal, que contou com propostas da comissão de juristas instituída pelo Ministério da Justiça<sup>5</sup>, naquele mesmo ano, como o objetivo central de modernizar vários procedimentos abrigados no diploma processual penal. Como resultado dos trabalhos da Comissão, foram apresentados ao Congresso Nacional sete projetos. O intuito era, entre outras alterações, a reforma de procedimentos, como o do tribunal do júri, o da investigação criminal, o da produção de provas, o do interrogatório e o das medidas cautelares. Apesar da enorme importância das medidas propostas, a tramitação não foi tão rápida quanto aquela verificada no movimento de reforma da legislação processual civil, vindo a ganhar força somente em anos mais recentes, com o advento do I e II Pacto Republicano.

---

<sup>4</sup> Nesse primeiro movimento, foram aprovadas as seguintes normas: Lei nº 8.455, de 1992, que regulamenta o procedimento para a produção de provas periciais; Lei nº 8.710, de 1993, que torna a citação pelo correio regra geral; Lei nº 8.898, de 1994, que simplifica a liquidação de sentença; Lei nº 8.950, de 1994, que dá nova disciplina para a tramitação de recursos; Lei nº 8.951, de 1994, que dispõe sobre as ações de consignação em pagamento e de usucapião; Lei nº 8.952 de 1994, que altera os processos de conhecimento e cautelar; Lei nº 8.953, de 1994, que altera o processo de execução; Lei nº 9.079, de 1995, que cria a ação monitória; Lei nº 9.139, de 1995, que dá nova disciplina para o agravo de instrumento; Lei nº 9.245, de 1995, que disciplina o procedimento sumário; Lei nº 9.756, de 1998, que altera a disciplina dos recursos.

<sup>5</sup> A referida Comissão foi instituída pela Portaria do Ministério da Justiça nº 61 de 2000.

Ainda em 2000, assistimos a um novo movimento de reforma da legislação processual civil, nascido a partir de propostas construídas pela Comissão de Juristas instituída em 1998 pela Escola Superior da Magistratura e pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual. Seguindo a mesma linha da reforma do início da década de 90, foram apresentadas três propostas, todas elas visando ao aumento dos instrumentos disponíveis ao magistrado para garantir a efetividade e a celeridade do processo. As sugestões apresentadas foram convertidas em lei e ficaram conhecidas como a “reforma da reforma”, uma vez que o propósito era aprimorar dispositivos aprovados no primeiro conjunto de reformas. Entre as principais conquistas dessa fase, podemos destacar a redução do número de ações sujeitas ao reexame necessário, a permissão para que o magistrado fixe multa diária a ser aplicada em caso de descumprimento de suas decisões e a simplificação do julgamento dos recursos junto aos tribunais<sup>6</sup>.

A partir de 2003, o debate transpõe os diplomas processuais e passa também a abordar o sistema de Justiça, que ganha força na agenda política nacional. O Poder Executivo cria então a Secretaria de Reforma do Judiciário, no âmbito do Ministério da Justiça, com a competência de formular e implementar políticas públicas voltadas à melhoria do sistema de prestação jurisdicional. Começam também os esforços para a aprovação da PEC nº 96 de 1992, que dispunha sobre a chamada “Reforma do Judiciário”, e para a criação do “Pacto de Estado por um Judiciário mais Rápido e Republicano”. Os resultados de tais articu-

---

<sup>6</sup> No segundo movimento de reforma, foram aprovados os seguintes projetos: Lei nº 10.352, de 2001, que simplifica o julgamento de recursos e reduz as hipóteses de reexame necessário; Lei nº 10.358, de 2001, que dispõe sobre o processo de conhecimento; e Lei nº 10.444 de 2002, que permite ao juiz a aplicação de multa em caso de descumprimento de decisão judicial, dispõe sobre a tutela específica e sobre a execução provisória.

lações foram colhidos no final de 2004 com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45 e a assinatura do Pacto, pelos representantes dos três Poderes, documento que detalhou um conjunto de medidas para aprimorar o sistema de prestação jurisdicional.

O Pacto Republicano foi responsável por uma das fases mais importantes no avanço da reforma do sistema de prestação jurisdicional. Composto por onze compromissos, entre eles a implementação da Emenda Constitucional nº 45 e a reforma do sistema recursal e dos procedimentos, o Pacto teve como intuito aumentar a celeridade do processo judicial, reduzir o número de processos nos tribunais e, especialmente, ampliar o acesso à Justiça. Tais mudanças eram urgentes e imprescindíveis, tendo em vista a privação de milhões de brasileiros, sobretudo aqueles economicamente hipossuficientes, do acesso a qualquer mecanismo de solução de conflitos.

Entre as medidas apresentadas como prioritárias no âmbito do Pacto Republicano, figuravam os projetos de regulamentação da súmula vinculante, da repercussão geral do recurso extraordinário, do incidente de deslocamento de competência e da autonomia administrativa da Defensoria Pública – inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004. Também faziam parte do documento diversas propostas de modernização da legislação processual civil, além de projetos elaborados pela comissão de juristas instituída pelo Ministério da Justiça em 2000 e de outras propostas voltadas ao aprimoramento da legislação processual penal.

O acordo entre os Poderes permitiu a aprovação de mais de uma dezena de normas, o que assegurou a regulamentação da maior parte das inovações trazidas em 2004 pela Emenda Constitucional nº 45, e viabilizou a modernização da legislação processual civil. Destaca-se nesse contexto a nova disciplina do processo de execução, a regulamentação do processo eletrônico e a

permissão para a realização do divórcio, inventário e partilha pela via administrativa<sup>7</sup>.

O mesmo êxito foi verificado no âmbito da reformulação da legislação processual penal, em especial da aprovação de diversas propostas, como quatro dos sete projetos elaborados pela Comissão de juristas instituída pelo Ministério da Justiça. As medidas aprovadas resultaram na reformulação de procedimentos, do processo no tribunal do júri e da produção de provas e também na instituição da obrigação de comunicação automática da prisão em flagrante ao defensor, no prazo de até vinte e quatro horas<sup>8</sup>.

Diante dos avanços do Pacto Republicano e da necessidade de renovar o compromisso de aprimoramento do sistema de prestação jurisdicional, em 2009 os representantes dos três Poderes assinaram

<sup>7</sup> No âmbito do “Pacto”, foram aprovadas as seguintes normas: Lei nº 11.187, de 2005, que simplifica o procedimento para o recurso de agravo; Lei nº 11.232, de 2005, que estabelece nova disciplina para a execução de títulos judiciais; Lei nº 11.276 de 2006, que dispõe sobre o não recebimento de recursos contrários às súmulas dos Tribunais Superiores; Lei nº 11.277, de 2006, que estabelece procedimento para o julgamento de ações repetitivas; Lei nº 11.280, de 2006, que estabelece prazos para vista, prescrição e disciplina a comunicação dos atos processuais por meio eletrônico; Lei nº 11.341, de 2006, que permite a comprovação de divergência jurisprudencial por meio de prova em mídia eletrônica; Lei nº 11.382, de 2006, que estabelece o procedimento para a execução de títulos extrajudiciais; Lei nº 11.417, de 2006, que disciplina o procedimento para a adoção da súmula vinculante; Lei nº 11.418, de 2006, que disciplina o procedimento para aferir a repercussão geral do recurso extraordinário; Lei nº 11.419, de 2006, que disciplina a adoção do processo eletrônico; Lei nº 11.441, de 2007, que possibilita a realização de inventário, partilha, separação e divórcio consensuais por via administrativa; e Lei nº 11.448, de 2007, que confere legitimidade à Defensoria Pública para ingressar com ações coletivas.

<sup>8</sup> No âmbito do processo penal, foram aprovadas as seguintes normas: Lei nº 10.792, de 2003, que dispõe sobre o interrogatório; Lei nº 11.449, de 2007, que dispõe sobre a comunicação automática da prisão em flagrante ao defensor; Lei nº 11.689, de 2008, que altera o procedimento do Tribunal do Júri; Lei nº 11.690, de 2008, que dispõe sobre as provas no processo penal; Lei nº 11.719, de 2008, que dispõe sobre a suspensão do processo, a *emendatio libelli* e *mutatio libelli*.



o “II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo”. O novo documento foi composto por três eixos centrais: a concretização dos direitos humanos e fundamentais, o aumento da agilidade e da efetividade da prestação jurisdicional e a democratização do acesso à Justiça.

Entre as contribuições trazidas pelo II Pacto Republicano para aperfeiçoar a legislação processual, podemos destacar a regulamentação do procedimento para o julgamento de recursos repetitivos nos tribunais superiores, a simplificação do procedimento do agravo contra decisão que nega o seguimento de recursos para os tribunais superiores e a reformulação do sistema de medidas cautelares no âmbito do processo penal, sancionada no mês de maio do presente ano<sup>9</sup>.

Todas as mudanças mencionadas contribuíram substancialmente para a melhoria do sistema de Justiça em nosso país. A partir dessas reformas, tivemos o início de um processo de fortalecimento das Defensorias Públicas que viabilizou o acesso ao sistema de prestação jurisdicional para milhares de brasileiros. Outra conquista foi o fato de as reformas, viabilizarem a modernização e a simplificação de procedimentos no âmbito do processo penal e civil, agilizando o processo judicial.

Apesar de todos esse avanços alcançados, dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça demonstram o aumento do estoque de processos na espera

<sup>9</sup> No âmbito do “II Pacto”, foram aprovadas, entre outras leis: Lei nº 11.672/08, estabelece procedimento para o julgamento de recursos repetitivos; Lei nº 11.965/2009, permite a participação do defensor público na lavratura da escritura pública de inventário e de partilha, de separação consensual e de divórcio consensual realizados pela via administrativa; Lei nº 11.969/09, disciplina a carga rápida dos autos para advogados; Lei nº 12.016/2009, dispõe sobre o procedimento do mandado de segurança individual e coletivo; Lei nº 12.322/10, simplifica o procedimento para a tramitação do agravo contra decisão que nega o seguimento de recursos.

de julgamento pelo Poder Judiciário<sup>10</sup>. Os números apontam também que o sistema de prestação jurisdicional continua sendo monopolizado por um pequeno grupo de grandes litigantes, entre os quais continua a figurar a administração pública, conforme demonstram os gráficos<sup>11</sup> a seguir.

Embora preocupantes, os dados não colocam em dúvida os avanços conquistados com as reformas empreendidas nos últimos anos. Outros fatores diversos acabam por contribuir para o aumento do volume de processos nos tribunais, como a ampliação do acesso ao sistema de prestação jurisdicional, o forte processo de distribuição de renda e de democratização do crédito, associados ao crescimento econômico constatado nos últimos anos.

No que se refere à ampliação do acesso ao sistema de prestação jurisdicional, estudos elaborados pelo Ministério da Justiça apontam um significativo crescimento no número de cargos preenchidos e no orçamento destinado à Defensoria Pública desde 2003, o que demonstra o fortalecimento da instituição. Verifica-se também que o número de atendimentos prestados por esse órgão mais do que dobrou durante esse mesmo período<sup>12</sup>, fatores que podem ter influenciado não apenas a ampliação do acesso à justiça, mas também o aumento do número de demandas encaminhadas ao Poder Judiciário.

No que tange ao crescimento econômico, dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística demonstram que desde

<sup>10</sup> De acordo com os dados mencionados, tramitaram, nos três ramos da Justiça, cerca de 86,6 milhões de processos em 2009, somados os casos novos com os processos pendentes de baixa. Pelo novo critério previsto na Resolução CNJ nº 76, o número de processos em tramitação aumentou 19,5%, de 2008 para 2009. Mantida a metodologia anterior, esse aumento seria de 5% em relação a 2008.

<sup>11</sup> Conforme relatório produzido pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça.

<sup>12</sup> Dados do “III Diagnóstico da Defensoria Pública”, publicado pela Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça.

Gráfico 1 – Percentual de processos dos 100 maiores litigantes nacionais por setor.

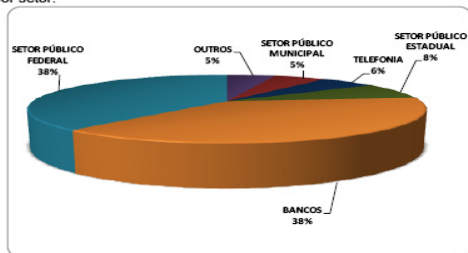


Gráfico 2 – Quantitativo do total de processos dos 100 maiores litigantes nacionais com percentual entre os pólos ativo e passivo.

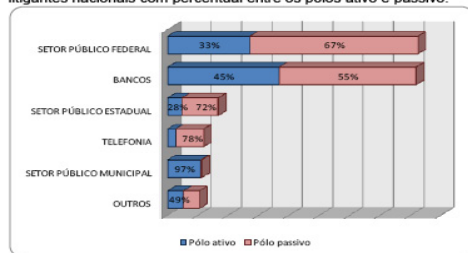


Gráfico 3 – Percentual de processos dos 100 maiores litigantes da Justiça Federal por setor.

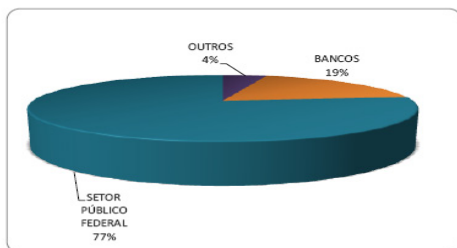
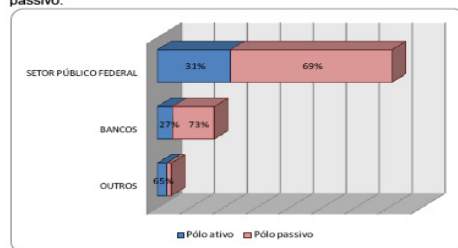


Gráfico 4 – Quantitativo do total de processos dos 100 maiores litigantes da Justiça Federal com percentual entre os pólos ativo e passivo.



de 2004 o Produto Interno Bruto brasileiro cresce, em média, acima de 5% e é o melhor resultado verificado desde a redemocratização. Conseqüentemente, as taxas de desemprego vêm apresentando os menores índices da história. Isso demonstra que a economia brasileira está mais próxima de atingir a situação de pleno emprego.

Ao mesmo tempo, o país assiste ao forte aumento do crédito disponível e à popularização do acesso a linhas de financiamento, conforme demonstram os dados do Banco Central<sup>13</sup>.

Soma-se a isso o fato de a desigualdade social no país estar em declínio desde 2001. Esse processo se intensificou a partir de 2005 com o aumento da distribuição de renda<sup>14</sup>, resultando na ascensão social de mais de 29 milhões de brasileiros para a

classe média, conforme pesquisa elaborada pela Fundação Getúlio Vargas<sup>15</sup>.

Todos esses avanços na área econômica conferiram dignidade e resultaram na inclusão de milhões de brasileiros no mercado consumidor. O reflexo disso é o aumento substancial da consciência do cidadão sobre seus direitos. Os avanços trouxeram uma melhoria no ambiente de negócios em todo país, resultando no aumento de contratações entre produtores e fornecedores de insumos. Some-se a esses fatos a retomada do papel do Estado enquanto agente indutor do crescimento econômico e da redução das desigualdades sociais, o que motivou a ampliação da presença do poder público em diversos setores, atuando como prestador de serviços básicos essenciais ou no exercício de seu poder regulador.

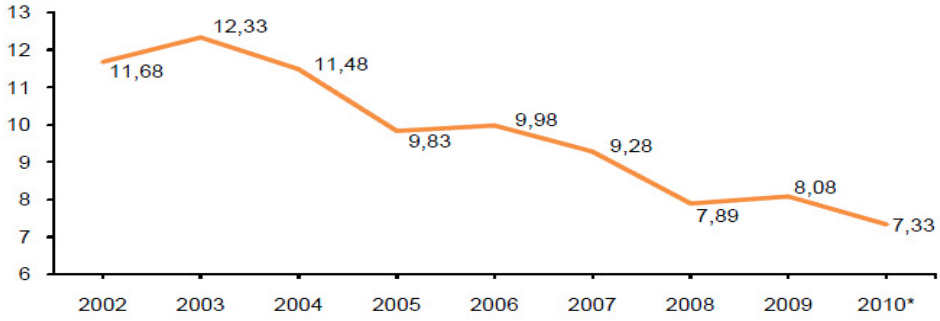
Todos esses fatores impulsionaram o surgimento de novos conflitos, seja em razão das divergências interpretativas existentes em torno dos complexos arcabouços jurídicos que regem essas novas relações,

<sup>13</sup> Relatório de Inclusão Financeira do Banco Central, n. 1, ano 2010.

<sup>14</sup> De acordo com o Comunicado do IPEA nº 63: PNAD 2009, "De 2001 a 2008, a desigualdade medida pelo Coeficiente de Gini caiu em média 0,70 ponto de Gini (x100) ao ano. De 2005 a 2008, o ritmo foi um pouco mais forte e a desigualdade caiu 0,72 ponto de Gini (x100) ao ano."

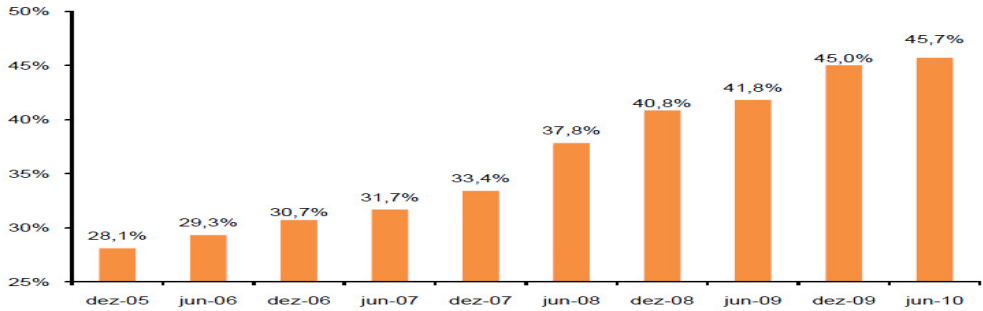
<sup>15</sup> A Nova Classe Média: O lado brilhante dos pobres, Fundação Getúlio Vargas: 2010.

Gráfico 5: Taxa média de desemprego (% a. a.)



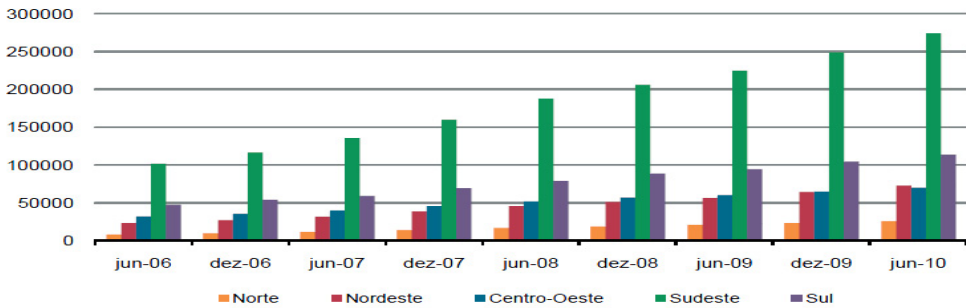
\* Até junho.  
Fonte: IBGE

Gráfico 6: Comportamento do Crédito em relação ao PIB:



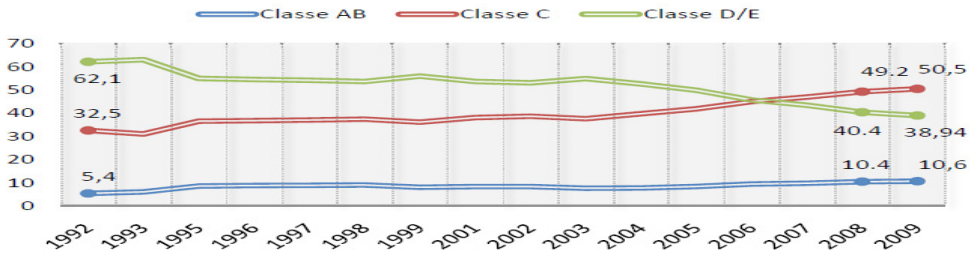
Fonte: BCB/Depec

Gráfico 7: Evolução do Crédito a pessoas físicas por região (em R\$ milhões)



Fonte: BCB/SGS

Gráfico 8: Evolução das classes econômicas



Fonte: Centro de Políticas Sociais da FGV a partir dos microdados da PNAD/IBGE

seja em razão da fragilidade ou mesmo inexistência de mecanismos alternativos para a solução de conflitos.

Diante desse contexto, podemos concluir que o aumento do estoque de processos nos tribunais, ao contrário de apontar a ineficácia das reformas empreendidas no sistema de prestação jurisdicional nas últimas décadas, aponta para a necessidade de se dar continuidade ao aprimoramento desse sistema, de maneira a adaptá-lo às necessidades da sociedade atual. É uma articulação necessária para assegurar a todos uma duração razoável do processo e a celeridade da tramitação, balanceadas com a garantia de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos ampliados pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

É exatamente com essa perspectiva que o Ministério da Justiça tem se empenhado no diálogo com representantes dos demais Poderes, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia e operadores do Direito, na busca de consenso e apoio. A meta é conquistar um conjunto de propostas capazes de fazer frente a esse desafio.

Tais esforços estão sendo canalizados na construção do III Pacto Republicano de Reforma do Sistema de Justiça e de uma pauta legislativa positiva, composta por propostas capazes de levar ao aperfeiçoamento do sistema de prestação jurisdicional. O debate inclui não apenas os projetos de reforma dos Códigos de Processo Civil e de Processo Penal, ambos em tramitação na Câmara

Federal<sup>16</sup>, mas também propostas voltadas à melhoria de normas de Direito material para conter a proliferação de conflitos.

O futuro do sistema de prestação jurisdicional passa pela continuidade do processo de modernização da gestão dos órgãos que o integram e dos procedimentos previstos para a tramitação de demandas que lhe são submetidas. Ao mesmo tempo, é fundamental a criação e o fortalecimento de mecanismos alternativos para a solução extrajudicial de conflitos, tanto no âmbito da administração pública como no setor privado. São mudanças que fortalecem a cultura da conciliação e a adoção de meios alternativos para a solução de conflitos.

Também se faz necessário seguir implementando medidas que democratizem o acesso ao sistema jurisdicional. É preciso atacar as barreiras que impedem a população mais pobre de fazer uso dos seus serviços, como a falta de defensores e o distanciamento ainda existente entre os órgãos integrantes do sistema de Justiça e as comunidades mais necessitadas.

Com efeito, para o Ministério da Justiça é imprescindível a reflexão em torno de medidas que garantam a redução da litigiosidade, tanto do poder público, como do setor privado. Deseja-se aperfeiçoar os procedimentos adotados pela administra-

<sup>16</sup> A proposta do novo Código de Processo Civil tramita como PL nº 8.046, de 2010, e a do novo Código de Processo Penal tramita como PL nº 8.045, de 2010 na Câmara Federal.

ção pública e pelas empresas que atuam nos setores regulados para que haja coerência entre a atuação das instituições e eventuais orientações jurisprudenciais pacificadas.

O sistema de prestação jurisdicional tem papel central na efetivação dos direitos e garantias de milhões de brasileiros. O oferecimento de um sistema acessível, rápido, eficiente e justo é fundamental para a manutenção da legitimidade do Estado democrático de direito e, consequentemen-

te, para a redução da violência e garantia do desenvolvimento econômico e social de nosso país.

Diante disso, o Ministério da Justiça não poupará esforços para a construção de uma forte aliança entre a sociedade civil, os operadores do Direito, pesquisadores e estudiosos do tema para que possamos encontrar soluções para os principais problemas que afligem o sistema de Justiça em nosso país.





# A dimensão procedimental dos direitos e o projeto do novo CPC

José Miguel Garcia Medina

## Sumário

1. *Status activus processualis*. 2. Processo, interação e sensibilidade. 3. Direito fundamental à participação procedimental e construção da solução jurídica. 3.1. Sociedade, direito material e procedimento. 3.2. Normatização do procedimento e *deficit* procedimental. 3.3. Condições de validade e correção do procedimento. Garantias mínimas. 3.4. Garantia do contraditório e participação procedimental. 3.5. Motivação das decisões judiciais e conscientização recíproca dos sujeitos do sistema processual. 4. Considerações finais.

### 1. *Status activus processualis*

Os princípios e valores dispostos na Constituição Federal constituem o *ponto de partida* do trabalho do processualista.<sup>1</sup> A propósito, o art. 1º do projeto do novo CPC prevê, textualmente, que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”. Com efeito, o jurista “não pode interpretar o direito contra os preceitos éticos, morais e, principalmente, democráticos”<sup>2</sup> (NERY JUNIOR; NERY, 2006).

José Miguel Garcia Medina é professor e advogado. Presidente da Comissão Nacional de Acesso à Justiça da Ordem dos Advogados do Brasil. Doutor e mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Pós-doutorado na Universidade de Sevilla. Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para o triênio 2010-2012. Membro da Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal para a elaboração do anteprojeto de Código de Processo Civil.

<sup>1</sup> Tratamos dos temas referidos no presente ensaio, realizando exame comparativo entre o CPC/1973 e o projeto do novo CPC (MEDINA, 2011); e, sob outra perspectiva, ver MEDINA; WAMBIER (2011).

<sup>2</sup> Tem o processualista o dever de observar os princípios democráticos, no exame crítico daquilo que

Esse panorama oferece-nos ao menos duas premissas, para o estudo do processo civil:

1<sup>a</sup>) A atuação das partes e a função jurisdicional devem ser estudadas a partir da compreensão de que o processo é um espaço em que devem se materializar os princípios inerentes a um Estado que se intitula “Democrático de Direito” (art. 1º da CF);<sup>3</sup>

2<sup>a</sup>) O processo é método de resolução de conflitos de que devem participar, ativa e racionalmente, as partes e o órgão jurisdicional. Para tanto, deve o processo oferecer instrumentos de proteção e realização dos direitos dos indivíduos, e ser, também, *espaço em que se permita exercitar democraticamente tais direitos*.<sup>4</sup>

Sem dúvida, além dessas, há outras premissas também importantes. Entendemos, porém, que não se pode falar em processo civil sem a compreensão adequada *dessas* premissas que acabamos de mencionar.

A ideia de que o processo deve ser espaço em que se permita o exercício democrático de direitos pelas partes pode ser visualizada a partir do que a doutrina convencionou chamar de *status activus processualis*.

Para explicar as posições que o indivíduo ocupa perante o Estado, Georg Jellinek formulou teoria segundo a qual haveria quatro “relações de *status*”, que seriam o *status* passivo, o negativo, o positivo e o ativo.<sup>5</sup>

doutrina e jurisprudência apresentam como solução para os problemas que afetam a vida das pessoas (a respeito, cf. Otavio Luiz Rodrigues Jr., 2010).

<sup>3</sup> “A tarefa do processualista”, assim, é, fundamentalmente, a de “objetivar a simplificação desse instrumento”, que é o processo (ALVIM, 2008), em atenção aos princípios e valores democráticos dispostos na Constituição Federal. O projeto do novo CPC procura simplificar as fórmulas procedimentais, eliminando focos de litigiosidade relacionados exclusivamente ao procedimento.

<sup>4</sup> Aproximadamente nesse sentido, cf. DIDIER JÚNIOR (2001, p. 28-29). Trata-se, naturalmente, de concepção que se impõe como a única correta, em um Estado Democrático de Direito (Constituição Federal, art. 1º). Cf. também, a respeito, LEAL, 2008.

<sup>5</sup> “In diesen vier *status*: dem passiven, dem negativen, dem positiven, dem aktiven erschöpft sich

Pode-se dizer, seguindo essa teoria, que o direito de exigir do Estado a prestação jurisdicional corresponde ao denominado *status* positivo (ou *status civitatis*).<sup>6</sup> Mas o *status* positivo não esgota o papel das partes, no processo. No *status* passivo (ou *status subiectionis*), leva-se em conta a sujeição do indivíduo ao Estado; no negativo (*status libertatis*), a liberdade diante do Estado. Assim, o *status libertatis* tem a ver com a faculdade de agir em juízo, que condiciona o início da atividade jurisdicional;<sup>7</sup> sob outra face, ao exercer o direito de ação, a parte reclama do órgão a prestação jurisdicional que lhe deve ser conferida pelo Estado (*status* positivo); mas o pedido apresentado pelo autor pode ser ou não julgado procedente, e a este resultado se submeterão as partes, o que é manifestação do *status subiectionis*.

Além dessas formas de *status*, reconhece-se que as partes têm *status activus processualis*.

A partir da teoria concebida por Jellinek, a teoria do *status activus processualis* foi desenvolvida por Peter Häberle (GRUNDRICHTE, 1972, p. 43-131; 86-). Segundo este autor, o *status activus processualis* é a síntese de todas as normas e formas que dizem respeito à *participação procedimental, através do Estado, daqueles que tiveram seus direitos fundamentais atingidos*.<sup>8</sup>

die gliedliche Stellung des Individuums im Staate” (JELLINEK, 2006). A respeito da teoria, cf. Robert Alexy (2011, p. 254-). A doutrina mais recente vem tentando adaptar a teoria de Jellinek, concebida com vistas aos chamados direitos de primeira geração (*rectius*: dimensão), ampliando-a. É o que ocorre com a ideia que gira em torno do *status activus processualis*, de que se tratará adiante, no texto.

<sup>6</sup> No exercício dos direitos do *status* positivo, segundo Georg Jellinek, pode o indivíduo dirigir-se às instituições do Estado, que lhe garante pretensões positivas (“positive Ansprüche”) (JELLINEK, p. 87). Como afirma Robert Alexy (2001, p. 265), “o cerne do *status* positivo revela-se como o direito do cidadão, em face do Estado, a ações estatais”.

<sup>7</sup> Consoante explica José Joaquim Gomes Canotilho, no caso impõe-se ao Estado o *dever de se abster* perante a esfera jurídica dos cidadãos (2008, p. 77).

<sup>8</sup> “Er ist der Inbegriff aller Normen und Formen, die Verfahrensbeteiligung (einschließlich publizitäts-

O *status activus processualis*, assim, corresponde ao direito de participar “no procedimento da decisão da competência dos poderes públicos” (CANOTILHO, 2008, p. 73). Tal participação não se limita ao direito de se manifestar e de ser ouvido, mas, mais que isso, *consiste em poder influir decisivamente nos destinos do processo*.<sup>9</sup>

Não se confundem as situações em que se encontram as partes, no processo, perante o Estado, no *status* positivo e no *status* ativo: além de poder *exigir do Estado a proteção jurídica* inerente ao direito material (*status* positivo), a parte deve poder *participar ativamente* do processo (*status activus processualis*).<sup>10</sup>

O *status activus processualis* tem importante papel, no Estado Democrático de Direito, já que por meio deste se assegura a plenitude das outras formas de *status*. O projeto do novo CPC reconhece-o expressamente, ao afirmar que “as partes têm direito de participar ativamente do processo” (art. 5º do projeto do novo CPC). *Não se pode afirmar ser “Democrático de Direito” o Estado, caso o processo seja avesso à participação ativa das partes*. Este, a nosso ver, o ponto de partida do estudo do processo civil, e premissa para que se compreenda o projeto do novo CPC.

Devem, pois, todos os atos e fases do processo propiciar a participação procedimental das partes, a fim de que estas tenham condições de, ao pleitearem a proteção jurídica adequada a um determinado

---

vorschriften) der durch den Leistungsstaat in ihren Grundrechten Betroffenen regeln” (GRUNDRECHTE, 1972, p. 81). Para a análise dessa concepção, ver CANOTILHO (2008, p. 72-74); ALEXY (2011, p. 267-; 470-); GUERRA FILHO (2011, p. 166-).

<sup>9</sup> Não se quer com isso dizer que as partes e o órgão jurisdicional necessariamente “decidem em conjunto”. Afirma Robert Alexy (2011, p. 483) que “a participação cria juridicamente a possibilidade fática de uma influência no processo de formação da vontade estatal”, que, evidentemente, “é menos que uma competência jurídica para a co-decisão na formação da vontade estatal”, mas “tem claramente mais relação com a formação da vontade estatal que a competência de direito privado para celebrar um contrato”.

<sup>10</sup> A respeito, ALEXY (2011, p. 477-).

direito material, influir no processo de formação da solução jurídica.

Diante dessa perspectiva, é importante compreender o *modo* como devem interagir as partes e o órgão jurisdicional.

## 2. Processo, interação e sensibilidade

Segundo nosso modo de pensar, dá-se o processo mediante *interação* entre *partes e órgão jurisdicional*.<sup>11</sup> Não há, no caso, uma relação que se traduza em um simples “esquema de interdependência das posições ativa e passiva”, que sintetize os “poderes e atividades que as partes desenvolvem no processo”.<sup>12</sup> Não adotamos uma concepção tão restrita de processo. O *status* das partes, no processo, manifesta-se com diferentes conteúdos e estruturas, como se viu.<sup>13</sup> Não pode o processo ser considerado uma relação jurídica simples, simétrica e unidirecional, capaz de representar, *more geometrico*, os papéis que desempenham os sujeitos que a compõem.<sup>14</sup> O processo é relação

---

<sup>11</sup> Parece adequado afirmar que a relação processual não se rege por normas de conduta, mas preponderantemente por normas de *competência*, sendo que, “quando se trata de competências, trata-se sempre também se sujeições” (ALEXY, 2011, p. 479, nota 147), sendo, portanto, uma relação de *subordinação* (e não de coordenação). A respeito dessa concepção de relação jurídica, cf. Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2008, p. 165).

<sup>12</sup> Esta é a crítica de Giovanni Arieta, Francisco de Santis e Luigi Montesano (2002, p. 90), ao tratarem da “crisi del concetto di rapporto processuale”. Na doutrina brasileira, semelhantemente, cf. Aroldo Plínio Gonçalves (2001, p. 97).

<sup>13</sup> Cf. item precedente.

<sup>14</sup> Evidentemente, uma compreensão estreita do que seja relação jurídica pode impedir que se admita que o processo seja uma relação jurídica. Mas mesmo no âmbito do direito privado, há diversas relações jurídicas em que as partes não se encontram em relação linear e, como é evidente, mesmo o fenômeno jurídico contratual não se esgota na formação de uma relação jurídica. Nem por isso se pode negar que há, no caso, uma relação, e que tal relação é jurídica. Pode-se, de todo modo, dizer, que, quanto mais restrita a concepção de relação jurídica que se adote, mais difícil será emoldurar o processo nesse conceito. Caso se entenda que relação jurídica é fenômeno abstrato, capaz de sintetizar as posições que os sujeitos ocupam (conceito que, a nosso ver, é inadequado), de fato não se poderia

jurídica complexa, dinâmica, bidirecional e circular, em que o comportamento de cada um dos sujeitos afeta e é afetado pelo comportamento dos outros etc.

Pode-se dizer que o processo é um *sistema interacional*,<sup>15</sup> já que se desenvolve com a influência mútua entre partes e órgão jurisdicional, devendo ser definido, portanto, como uma *estrutura dialética*.<sup>16</sup> O papel que o princípio do *contraditório* desempenha na relação processual, assim, é contundente. Deste princípio trataremos adiante.

No processo canalizam-se os anseios de entes que integram a sociedade, e tais entes manifestam no processo sua condição humana, social, econômica etc. Como o processo se desenvolve pela *interação* entre as partes e o juiz, isto é, através da *comunicação* que deve se dar entre as partes e o órgão jurisdicional,<sup>17</sup> é imprescindível que tais sujeitos encontrem-se em condições *de compreenderem* e *de serem compreendidos* (cf., p.ex., art. 476, parágrafo único, do projeto do novo CPC). O primeiro passo para que isso ocorra é a percepção de que os sujeitos que compõem a relação jurídica não são abstratos, mas sujeitos concretos.<sup>18</sup> Com isso

---

dizer que o processo seja relação jurídica. Preferimos dizer que o processo é *um sistema*, consoante se expõe no texto, embora não excluamos que se considere o processo relação jurídica complexa, dinâmica etc.

<sup>15</sup> Sobre essa noção de sistema, Paul Watzlawick, Janet Helmick Beavin e Don D. Jackson (1973, p. 109).

<sup>16</sup> Ensina Elio Fazzalari (2006, p. 119-120) que “il riferimento alla struttura dialettica come a ratio distinguendi permette di superare pregressi tentativi di definire il processo” (*Istituzioni di diritto processuale*, 7. ed., p. 83). Explica, ainda, o autor que “tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanação do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados”.

<sup>17</sup> Aproximadamente nesse sentido, cf. José Rodrigues de Carvalho Netto (2001, p. 14).

<sup>18</sup> Sobre a importância da conscientização recíproca dos interlocutores de uma relação, cf. Enrique

queremos dizer, por exemplo, que o juiz, ao proferir a sentença, deve ter consciência de que, ao longo do desenvolvimento do processo, terá *conhecido* as partes e o contexto socioeconômico em que se encontram inseridas, as *ouvido* e *entendido*. Deve, reciprocamente, manifestar-se de modo *a ser entendido*, e assim sucessivamente.

Vê-se que para a definição de processo não interessa apenas notar a relação existente entre os sujeitos, mas, também, a relação existente *entre os atributos* de tais sujeitos, e o modo como os sujeitos os exercem, no processo.

Sob uma perspectiva mais ampla, portanto, pode-se afirmar que o processo é um *sistema* integrado pelos sujeitos processuais e por seus atributos, em que *interagem* as partes (no exercício de seu *status* positivo, ativo etc.) e o órgão jurisdicional. Estas relações (entre os sujeitos e entre os atributos dos sujeitos) dão coesão a este sistema, que é o processo.

Entendendo-se o processo como sistema, e tendo em consideração que em tal sistema relacionam-se não apenas os sujeitos, mas também os *atributos* de tais sujeitos, ganha vulto a preocupação com o *modo de agir* das partes e do órgão jurisdicional. É inegável, p. ex., que expectativas (positivas ou negativas) criadas pelo órgão jurisdicional acabem por determinar reações das partes, no processo. O comportamento dos órgãos judiciários influencia significativamente o comportamento das partes, e estas, com seus atos, correspondem às determinações judiciais na medida em que os órgãos do Poder Judiciário despertam, objetivamente, a *confiança* das partes.<sup>19</sup> Como decidiu o STF, “os postulados da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico”, e incidem estes princípios

---

Dussel (2002, p. 437-).

<sup>19</sup> Sobre o tema, Luiz Rodrigues Wambier e José Miguel Garcia Medina (2007).



“sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado”.<sup>20</sup>

O princípio da proteção da legítima confiança é considerado desdobramento do princípio da segurança jurídica<sup>21</sup> (ou, ainda, *dimensão subjetiva* deste princípio). A proteção à confiança, como um dos elementos constitutivos do Estado de direito, “se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos”.<sup>22</sup> Com efeito, ausentes a segurança, a estabilidade e a previsibilidade, o Direito “se constituiria, de certa forma mesmo, até em fator de insegurança”. (ALVIM, 2008, v. 1, p. 19)

A variabilidade das orientações adotadas pelas decisões judiciais repercute em “respostas” das partes e da sociedade, que poderão provocar a dilatação da litigiosidade, por recursos contra as decisões judiciais ou ajuizamento de novas ações. É natural, conseqüentemente, que, diante de entendimentos jurisprudenciais oscilantes, menor seja o grau de cooperação das partes, no sentido de cumprirem as decisões

<sup>20</sup> STF, MS 25805-DF, rel. Min. Celso de Mello (decisão monocrática), j. 22.03.2010.

<sup>21</sup> Cf. STJ, REsp 799.965/RN, 3ª T., j. 07.10.2008, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 28.10.2008, em que se decidiu que “o direito processual deve trazer segurança às partes”.

<sup>22</sup> Afirma ainda Canotilho (1993) que “estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante ‘qualquer acto’ de ‘qualquer poder’ – legislativo, executivo e judicial”.

judiciais. Na medida em que os órgãos jurisdicionais falham na observância do princípio da proteção da confiança dos cidadãos, reflexamente haverá “respostas” dos cidadãos a essa conduta estatal, seja interpondo recursos, seja ajuizando novas ações judiciais.

A coerência da jurisprudência, assim, é pressuposto inarredável para que as decisões judiciais despertem, nos cidadãos, a necessária confiança. Se os entendimentos jurisprudenciais se modificam rapidamente, a orientação dominante de algum dos Tribunais Superiores pode alterar-se em favor de uma das partes,<sup>23</sup> sendo compreensível, diante disso, que, enquanto não sedimentado um entendimento jurisprudencial, maior será a quantidade de descumprimentos das decisões judiciais,<sup>24</sup> maior será a quantidade de recursos interpostos às instâncias superiores etc.

Por isso, p. ex., que o projeto do novo CPC preocupa-se sobremaneira com a uniformização e a estabilidade da jurisprudência (cf. art. 882 do projeto do novo CPC). A construção de um sistema jurídico-

<sup>23</sup> Exemplo: a Súmula 263 do STJ (“a cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação”) foi enunciada em 08.05.2002 e publicada no DJU de 20.05.2002, p. 188. Durou pouco mais de um ano, tendo sido cancelada em 10.09.2003 (cf. STJ, REsp 443143-GO, 2ª Seção, j. 10.09.2003, Rel. Min. Pádua Ribeiro, DJU 29.09.2003, p. 142) e, atualmente, o tema é regulado pela súmula 293 do mesmo Tribunal (“a cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil”), enunciada em 05.05.2004, publicada no DJ 13.05.2003, p. 183.

<sup>24</sup> Entendemos que a coerência da jurisprudência é pressuposto para o fortalecimento da autoridade do órgão jurisdicional. Não o é, contudo, o manejo de medidas coercitivas. Se é certo que a conduta da parte que, imotivadamente, deixa de cumprir uma decisão judicial é merecedora de sanção, não menos correto é dizer-se que *tal punição deve ser coerente com a segurança e a confiança que a manifestação judicial desperta na parte*. Se necessário, o manejo, *in concreto*, da coerção, significa que a autoridade jurisdicional, em si mesma considerada, falhou. Como afirma Hannah Arendt (1997, p. 42), “a autoridade exclui a utilização de meios externos de coerção; onde a força é usada, a autoridade em si mesma fracassou”.

-processual racional requer não apenas instrumentos que possibilitem a realização imediata, mas, também, *segura* dos direitos, *sem instabilidade*.<sup>25</sup> Assim, *a atividade jurisdicional deve orientar-se de acordo com o princípio da proteção da confiança do cidadão*.

### 3. Direito fundamental à participação procedimental e construção da solução jurídica

#### 3.1. Sociedade, direito material e procedimento

As normas processuais incidem de modo rente à realidade social e econômica dos povos. Houve intensas alterações socioeconômicas nas últimas décadas do século XX e no princípio do atual, que repercutem no Direito e, inexoravelmente, na estrutura do processo. Nesse período – que coincide com o surgimento da Constituição Federal de 1988, e, antes, do CPC (em 1973) e com as dezenas de reformas legislativas que este Código sofreu – a sociedade se desenvolveu e se diversificou intensamente, o que gerou o surgimento de valores que fizeram com que muitos dos princípios sociais tidos anteriormente como “verdadeiros” se tornassem obsoletos.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Sobre essa preocupação, cf. Teresa Arruda Alvim Wambier (2008, item 2.6, p. 57-).

<sup>26</sup> Eduardo Melo de Mesquita (2002, p. 25-), dá destaque a uma perspectiva pós-moderna do processo civil. Para alguns autores, a evolução recente desses valores pode ser identificada especialmente por três sintomas, que se apresentam nas mais variadas searas da vida social e repercutem, inevitavelmente, no processo civil. O primeiro desses sintomas é a *ansiedade*, pois interessa, às pessoas, a satisfação imediata, urgente, de interesses pessoais e individuais (GORZ, 2004, p. 68), caracterizando-se a sociedade por apresentar “sempre mais exigências de resultados a curto prazo, fazer mais no menor tempo possível, agir sem demora: a corrida da competição faz priorizar o urgente à custa do importante, a ação imediata à custa da reflexão, o acessório à custa do essencial. [...] Donde a ideia de que a hipermodernidade se distingue pela ideologização e pela generalização do reinado da urgência” (LIPOVETSKY, 2004, p. 77). O segundo sintoma é a *frustração*, já que as instituições públicas em geral encontram-se cada vez mais frágeis

Essa transformação repercute nos valores que passam a imperar, no ordenamento jurídico, dificultando a tarefa do legislador de incorporar, no texto das leis, a complexidade e a rápida evolução das instituições, tal como impõe a sociedade moderna. Por essa razão, o mesmo se preocupa em elaborar normas que explicitem os *objetivos* do sistema jurídico, não mais se limitando a reger condutas (MARQUES. C., 2006, p. 94). Surgem, assim, normas jurídicas *ainda mais gerais*, que trazem em seu bojo noções de conteúdo variável (de conceito vago ou indeterminado), a fim de possibilitar, ao órgão jurisdicional, aplicar a norma jurídica levando em conta as *peculiaridades de cada caso*, particularidades essas insuscetíveis de serem minuciosamente reguladas pelo legislador. Como afirmou Chaïm Perelman (2005, § 55, p. 675), “o recurso a uma noção vaga ou confusa aumenta, por esse próprio fato, o poder de interpretação daquele que deve aplicá-la”. Importante papel passam a desempenhar, também, as cláusulas gerais.<sup>27</sup>

Ao mesmo tempo, o sistema jurídico passa a dar mais relevo a *princípios jurídicos*. “O direito do estado de direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o *direito das regras dos códigos*; o direito do estado constitucional democrático e de

e incapazes de demonstrar um rumo seguro para a satisfação dos interesses dos indivíduos (ZIZEK, 2003, p. 25-). Por fim, o terceiro sintoma da sociedade contemporânea é o *cinismo*, já que os indivíduos vivem a afirmar princípios em seus discursos que são negados em sua vida social (“espetáculo cerimonial” a que se refere Gilles Lipovetsky, 2004, p. 100). Não se pode, no entanto, afirmar que houve “a vitória definitiva do materialismo e do cinismo” (Pierre-Henri Tavoillot, no Prefácio à obra de Gilles Lipovetsky, cit., p. 8), pois nossa época é também “marcada por uma reconciliação inédita com os fundamentos humanistas” (LIPOVETSKY, 2004, p. 99). Lembra Eduardo Melo de Mesquita (2002, p. 152-153), a propósito, os chamados “direitos de solidariedade”, bem como as “peculiaridades das minorias étnicas e étnicas”, que, “embora com guarida constitucional, não encontram normatização ordinária satisfatória”.

<sup>27</sup> Sobre as cláusulas gerais, ver WAMBIER (2005b, p. 59-); MARTINS-COSTA (1991, p. 47-).

direito *leva a sério os princípios*, é um *direito de princípios*". Por isso, "o tomar a sério os princípios implica uma mudança profunda na *metódica de concretização* do direito e, por conseguinte, na actividade jurisdicional dos juízes" (CANOTILHO, 2000, p. 84).<sup>28</sup> Isso acaba significando, inevitavelmente, "um crescimento de poder para a justiça e uma ampliação de espaço de decisão judicial" (HABERMAS, 2003-, v.1, p. 305).

Na medida em que o ordenamento jurídico se apresenta permeado de normas pouco precisas e vagas, como o são as cláusulas gerais e os princípios, torna-se ainda mais importante o processo, já que é nesse espaço que se dará a criação da solução jurídica precisa, ajustada às peculiaridades da controvérsia. "Sendo assim, é de se esperar, na medida em que aumenta a frequência com que se recorre a princípios para a solução de problemas jurídicos, o crescimento também da importância daquele ramo do Direito ocupado em disciplinar os procedimentos, sem os quais não se chega a um resultado aceitável, ao utilizar um meio tão pouco preciso de ordenação da conduta, como são os princípios. Isso significa também que a determinação do que é conforme ao Direito passa a depender cada vez mais da situação concreta em que aparece esse problema, o que beneficia formas de pensamento pragmáticas, voltadas para *orientar a ação* (grego: *pragma*) daqueles envolvidos na tomada de uma decisão" (GUERRA FILHO, 1997, p. 166-, item 3; 2002, p. 33-34). É natural, diante disso, que se assegurem, ao longo de todo o procedimento, garantias mínimas. Essas garantias mínimas decorrem do princípio do devido processo legal (*due process of law*, processo "justo" ou "equitativo").<sup>29</sup>

<sup>28</sup> Sobre o tema, Sérgio Fernando Moro (2004, p. 109-).

<sup>29</sup> Afirma Nelson Nery Junior (2004, p. 42) que "bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o *caput* e a maioria dos incisos do art. 5º seriam absolutamente despidos".

### 3.2. *Normatização do procedimento e deficit procedimental*

Sendo tão complexas as teias do direito material, dificilmente procedimentos típicos ou fechados seriam adequados para a realização concreta dos direitos. Afinal, devem as regras processuais "guardar simetria com as regras de direito material" (ALVIM, 1990-1996, v. 1, p. 259),<sup>30</sup> isto é, *os direitos materiais devem comportar uma dimensão processual adequada a garantir sua eficácia*, o que impõe reconhecer a existência de um direito subjetivo ao processo adequado (*due process of law*), ao qual corresponde o dever do Estado de realizar eficazmente os direitos por meio do processo. Tem-se, assim, que a existência de um direito material implica automática existência, no plano do processo, de procedimento adequado.<sup>31</sup> Não sendo assim, estar-se-ia diante de situação paradoxal: o direito material seria previsto abstratamente, mas seria irrealizável concretamente.<sup>32</sup>

Na medida em que se refinam os pormenores da vida social e do direito material, um sistema procedimental típico (ou fechado) revela-se ineficiente, o que acaba impondo a realização de *um ajuste tendente a especificar um procedimento para o problema trazido pelas partes ao órgão jurisdicional*.<sup>33</sup> Havendo *deficit procedi-*

<sup>30</sup> Cf. também, a respeito, amplamente, Candido Rangel Dinamarco (2009), José Roberto dos Santos Bedaque (2011) e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2008).

<sup>31</sup> Afirma José Joaquim Gomes Canotilho (2000, p. 79) que "o que agora se pergunta não é se há direito ao processo/procedimento e ao correspondente dever do Estado, mas *como* definir, conformar e ordenar a dimensão processual dos direitos fundamentais".

<sup>32</sup> Como afirma Robert Alexy (2011, p. 473), "as normas de organização e procedimento devem ser criadas de forma a que o resultado seja, com suficiente probabilidade e suficiente medida, conforme aos direitos fundamentais".

<sup>33</sup> O direito ao procedimento adequado, portanto, não se volta apenas contra o legislador. Como afirma Robert Alexy (2011, p. 474), "direitos a procedimentos podem ser tanto direitos à criação de determinadas normas procedimentais quanto direitos a uma determinada 'interpretação e aplicação concreta' de normas

mental – isto é, caso à situação de direito material não corresponda procedimento adequado (CANOTILHO 2000, p. 69-) –, o procedimento adequado deverá ser modelado pelo órgão jurisdicional, de acordo com os parâmetros oferecidos pelas partes, já que a ausência de tal procedimento adequado à tutela do direito substantivo significaria a negativa de existência de tal direito. O projeto do novo CPC considerou este aspecto, ao menos ao prever, em seu art. 118, V, que incumbe ao órgão jurisdicional “dilatara os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico”.

### 3.3. Condições de validade e correção do procedimento. Garantias mínimas

A Constituição Federal estabelece, entre as garantias fundamentais, o direito à inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), à ampla defesa e ao contraditório (art. 5º, LV), à duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII) e, em outras disposições, refere-se a mais princípios, como o da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX). Há ainda princípios que, embora não digam respeito exclusivamente ao processo, mostram-se, nesta seara, fecundos de consequências, tal como ocorre com o princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, I, da CF/1988).

O projeto do novo CPC consagra tais garantias, não apenas a elas fazendo referência, mas também estruturando, pragmaticamente, o modo de proceder na construção da solução jurídica.

Pode-se dizer que todos esses princípios e garantias decorrem<sup>34</sup> da cláusula do *devido processo legal*, também textualmente referida no art. 5º, LIV, da CF/1988. Como se afirma na doutrina, “o conteúdo da cláusula, no processo civil, subsume-se

procedimentais”. Assim, “o direito a procedimentos como direito a proteção jurídica efetiva, nesse caso, tem como destinatário os tribunais”.

<sup>34</sup> Ou, sob outra perspectiva, são seu conteúdo.

na garantia da ação e da defesa, em juízo” (GRINOVER, 1973, p. 40).<sup>35</sup> Este princípio, que tem raízes no *due process of law* do direito norte-americano,<sup>36</sup> vem sendo amplamente estudado pela doutrina mais recente sob o título de “garantias de um processo justo” ou “equitativo”.<sup>37</sup>

As garantias referidas, que decorrem do princípio do devido processo legal, são consideradas *mínimas* (COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, 2005-2006, p. 59; 63) e constituem o ponto de partida para o estudo do sistema processual positivo.<sup>38</sup> Impondo ao processo e à sua disciplina algumas condições básicas de legalidade e de correção, operam tais garantias em todos os seus momentos ou fases.<sup>39</sup>

<sup>35</sup> No mesmo sentido, Nelson Nery Jr. (2004, p. 42). Cf. também, a respeito, Humberto Ávila (2008).

<sup>36</sup> Há ampla bibliografia a respeito (cf. o que escrevemos em MEDINA; WAMBIER, 2011).

<sup>37</sup> Como escreve José Roberto dos Santos Bedaque (2002, p. 17), “a Constituição procura estabelecer, pois, o processo justo, ou seja, o instrumento que a sociedade politicamente organizada entende necessário para assegurar adequada via de acesso à solução jurisdicional dos litígios”.

<sup>38</sup> Escreveu Elio Fazzalari (1994a, p. 257) que “il fondamento della giustizia civile si rinviene, ovviamente, nella Costituzione della Repubblica”. Semelhantemente, para José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 17), “constitui método equivocado de interpretação das regras instrumentais considerá-las independentemente do modelo processual-constitucional e somente depois verificar a existência de compatibilidade”.

<sup>39</sup> A respeito, assim escreve Leonardo Greco: “O Direito Processual procura disciplinar o exercício da jurisdição através de princípios e regras que confirmam ao processo a mais ampla efetividade, ou seja, o maior alcance prático e o menor custo possíveis na proteção concreta dos direitos dos cidadãos. Isso não significa que os fins justifiquem os meios. Como relação jurídica plurissubjetiva, complexa e dinâmica, o processo em si mesmo deve formar-se e desenvolver-se com absoluto respeito à dignidade humana de todos os cidadãos, especialmente das partes, de tal modo que a justiça do seu resultado esteja de antemão assegurada pela adoção das regras mais propícias à ampla e equilibrada participação dos interessados, à isenta e adequada cognição do juiz e à apuração da verdade objetiva: um meio justo para um fim justo. Afinal, o processo judicial de solução de conflitos ou de administração de interesses privados se insere no universo mais amplo das relações entre o Estado e o cidadão, que no Estado de Direito Contemporâneo deve subordinar-se aos princípios da



Assim, p. ex., o princípio do contraditório e o dever de motivar as decisões judiciais passam a ganhar novos contornos, se compreendidos à luz desse contexto.

#### 3.4. *Garantia do contraditório e participação procedimental*

Costuma-se dizer que a manifestação mais rudimentar do princípio do contraditório dá-se com o binômio “informação + reação” (ALVIM, 1990-1996, v. 1; NERY JUNIOR, 2004, p. 134).<sup>40</sup> Afirma-se, também, que este princípio é decorrente do princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput* e II, da CF/1988), já que, caso se permitisse ao juiz decidir considerando apenas os argumentos de uma das partes, sem dar à outra oportunidade de se manifestar, acabaria por tratá-las de maneira desigual.<sup>41</sup> Tal concepção é, hoje, considerada incompleta.<sup>42</sup> Modernamente, entende-se que somente se considerará atendido o princípio se propiciada às partes a *participação real e efetiva* na realização dos atos preparatórios da decisão judicial: “o princípio do contraditório, garantia constitucional, serve como pilar do processo civil contemporâneo, permitindo às partes a participação na realização do provimento”.<sup>43</sup>

legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, consoante o disposto no artigo 37 da Constituição que, não sem razão, se refere a tais princípios como inerentes ‘a qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios’.

<sup>40</sup> Sergio La China (1970, p. 394) afirma que “il principio del contraddittorio si articola, nelle sua manifestazioni tecniche, in due aspetti o tempi essenziali: informazione, reazione; necessaria sempre la prima, eventuale la seconda (ma necessario che sia resa possibile!)”.

<sup>41</sup> José Frederico Marques (2003, v.1, p. 373) escreveu que “o juiz não pode decidir, e tampouco impor restrições a qualquer das partes, sem ouvi-las devidamente, cumprindo-lhe, por outro lado, mantê-las, no curso do procedimento, em situação de igualdade”. No mesmo sentido, ver Enrique Véscovi (1984, p. 54); Andrea Proto Pisani (1996, p. 218).

<sup>42</sup> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (1999, p. 135) afirma que esta concepção do princípio é “acanhada”, “dominante no século XIX”.

<sup>43</sup> STJ, REsp 421.342/AM, 4ª T., j. 11.06.2002, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 25.11.2002, p.

Como se observou acima,<sup>44</sup> o processo é sistema interacional, que se desenvolve dialeticamente. Assim, o princípio do contraditório concretiza-se por meio da participação das partes no processo, e do *diálogo* que deve ter o órgão jurisdicional com as partes.<sup>45</sup> Dessa concepção do princípio decorrem várias consequências, como a de que não pode o órgão jurisdicional proferir decisão com surpresa para as partes.<sup>46</sup> Reconhece-se que, mesmo em se tratando de temas a respeito dos quais deva o juiz manifestar-se *ex officio*, deve o órgão jurisdicional, atento ao princípio do contraditório, ouvir a parte interessada,<sup>47</sup> evitando-se, com isso, a prolação de “decisão surpresa” para a parte, o que não se coadunaria com o princípio do contraditório.<sup>48</sup> O projeto do novo CPC,

240. Na doutrina, cf., entre outros, José Rogério Cruz e Tucci (2002, p. 101); José Alexandre Manzano Oliani (2007, p. 40-); Luis Alberto Reichelt (2008); João Batista Lopes (2006, v. 1, p. 42-); Gilberto Gomes Bruschi (2008, p. 1.026-).

<sup>44</sup> Cf. item 1.

<sup>45</sup> Afirmando que o princípio do contraditório manifesta-se por meio da *obrigatoriedade de o juiz dialogar com as partes, antes de decidir*, cf. Giuseppe Tarzia (1991, p. 9-10).

<sup>46</sup> Algumas legislações preveem isso expressamente. Por exemplo, o art. 3º, n. 3, do CPC português dispõe que “o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem”. Cf., a respeito, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do Rego (2004, vol. 1, p. 32). Similarmente, a ZPO alemã prevê, no § 139, que o órgão jurisdicional somente pode decidir sobre alguma questão quando as partes tenham tido oportunidade de se manifestar em relação à mesma (ZPO, § 139, 2: “[...] wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat”). Cf., a respeito, Wolfgang Lücke (2006) e Wolfgang Grunsky (2006, p. 26-27).

<sup>47</sup> Similarmente, cf. Francesco Paulo Luiso (2000, v. 1, p. 29) e Andrea Proto Pisani (1996, p. 220).

<sup>48</sup> Cf., a respeito, Dierle José Coelho Nunes (2008). Diante do que dispõe o § 139 da ZPO, acima referido, afirma Othmar Jauernig (2002, p. 143) que “as partes têm de poder exprimir os pontos de vista jurídicos em que o tribunal quer apoiar a sua decisão. Devem ser evitadas, assim, decisões de surpresa”. Semelhantemente, segundo Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo (2005-2006, p. 78), a observância ao

ao informar que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício” (art. 10, *caput*, do projeto do novo CPC), incorpora, expressamente, essa dimensão do princípio do contraditório.

### 3.5. *Motivação das decisões judiciais e conscientização recíproca dos sujeitos do sistema processual*

Impõe o art. 93, IX, da CF/1988 que devem ser “fundamentadas todas as decisões” proferidas pelo órgão jurisdicional, “sob pena de nulidade”. O projeto do novo CPC dá nova dimensão ao dever de motivar as decisões judiciais, ao afirmar que “não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que: I – se limita a indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo; II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (art. 476, parágrafo único, do novo CPC).

A importância da motivação das decisões judiciais está em que: “1. oferece elementos concretos para que se possa aferir a imparcialidade do juiz; 2. poder-se-á, também, por meio do exame da motivação da decisão, verificar da sua legitimidade; 3. por fim, a motivação garante às partes a possibilidade de constatar terem sido ouvidas, na medida em que o juiz terá levado em conta, para decidir, o material probatório produzido e as alegações feitas pelas partes” (WAMBIER, 2005a, item 7.2, p. 291-373). A decisão judicial sem fundamentação “agrave o devido processo legal e mostra a

princípio do contraditório evita que ocorra o “depreciable fenómeno” da “sentença a surpresa”.

face da arbitrariedade, incompatível com o Judiciário democrático”.<sup>49</sup>

O juiz, ao fundamentar a sua decisão, não deverá ocupar-se apenas de convencer as partes do processo e as instâncias judiciais superiores sobre o acerto de seu julgado. Sob uma ótica democrática, também a opinião pública, em maior ou menor grau, tem interesse no modo como o juiz administra a justiça (TARUFFO, 1975, p. 406-407).<sup>50</sup>

Como se observou acima, o sistema jurídico é permeado por normas de conteúdo vago, cláusulas gerais, princípios jurídicos etc. Essa configuração exige, do órgão jurisdicional, *um modo peculiar de pensar o Direito*, vinculado não apenas à identificação da regra legal, em si mesma considerada, e à sua incidência, de modo praticamente automático, em uma dada situação.<sup>51</sup>

Algo peculiar ocorre quando o juiz depara com os chamados *casos difíceis*. Nestes casos, *as soluções devem ser encontradas pelo juiz no sistema jurídico*, não podendo o juiz criar o direito “a partir do nada”: “O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente” (DWORKIN, 2010, p. 127).<sup>52</sup> Mas há também os casos “trágicos”, quando “não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral” (ATIENZA, 2006, p. 335). Para os casos difíceis, talvez seja possível encontrar a solução adequada, à luz do sistema jurídico, o mesmo talvez não podendo acontecer em relação aos casos trágicos, em que a decisão tomará por base, quase que exclusivamen-

<sup>49</sup> STJ, REsp 18731/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª T., j. 25.02.1992, DJ 30.03.1992 p. 3995.

<sup>50</sup> No mesmo sentido, Sérgio Nojiri (2004, p. 62-).

<sup>51</sup> A respeito, afirma Martín Ostos (1981, p. 25) que “de la posición del Juez em el proceso, de sus poderes y limitaciones, depende em gran parte el éxito del vehículo empleado para administrar justicia”.

<sup>52</sup> Cf. também, a respeito, Hart (1997, p. 110-).



te, um juízo de ponderação de valores, e não apenas de princípios conflitantes.

Nos casos em que a solução do problema passa pela incidência de um princípio jurídico,<sup>53</sup> impõe-se ao juiz, além de justificar a existência do princípio e sua aplicação, em um caso concreto, também demonstrar os motivos que o levaram a mitigar a incidência de outro princípio oposto.

Parte da doutrina afirma que o método de ponderação entre princípios colidentes não seria racional, o que favoreceria o subjetivismo e, até, a arbitrariedade na prolação de decisões judiciais fundadas em princípios.<sup>54</sup> Robert Alexy reconhece que um “sopesamento irracional” pode ameaçar a própria existência dos direitos fundamentais. Mas, em contraposição à crítica de Habermas (2003-, p. 165; 598), afirma que o sopesamento deve ser realizado com base em um *modelo fundamentado, e não decisionista*. Mas Robert Alexy (1988, p. 151) admite a dificuldade, ao afirmar que “una única respuesta correcta para cada caso sólo podría admitirse recurriendo a cinco idealizaciones, a saber: 1) tiempo ilimitado, 2) información ilimitada, 3) claridad lingüística conceptual ilimitada, 4) capacidad y disposición ilimitada para el cambio de roles y 5) carencia de prejuicios ilimitada”.

Ronald Dworkin, tendo em vista sua concepção mais restrita que a de Alexy quanto ao que seja um princípio jurídico, não admite que uma decisão seja tomada com base em *polícies*, o que afasta a possibilidade de ponderação de *valores* jurídicos. A solução, segundo Ronald Dworkin (2010), será aquela que *melhor* corresponder à Constituição, às regras jurídicas e aos precedentes. Enquanto para Robert Alexy faz-se necessário recorrer a uma *ordem de valores* (escolhe-se o que tem “mais peso”),

<sup>53</sup> Talvez, mais precisamente, em tais casos deva-se referir a *valores*, em vez de princípios. A questão é complexa, e escapa aos limites deste pequeno ensaio. A ele nos dedicamos com mais vagar em obra que se encontra no prelo, dedicada ao estudo dos princípios jurídicos.

<sup>54</sup> Assim, p. ex., Jürgen Habermas (2003-).

para Ronald Dworkin a escolha deveria considerar o princípio *adequado* ao ordenamento jurídico (escolhe-se “o adequado”).

A nosso ver, em qualquer caso, seguindo-se a ideia de Robert Alexy, acaba o julgador por decidir com base em *valores*, o que, evidentemente, dificulta que se fundamente objetivamente e racionalmente a decisão judicial. Mas o critério proposto por Ronald Dworkin não oferece caminho mais seguro. Afinal, mesmo que se adote uma concepção mais restrita de princípio, ainda assim a “pesagem” de princípios colidentes será orientada por valores jurídicos que estão à base de um ou outro princípio (que dizer, p. ex., do conflito entre liberdade de expressão e direito à intimidade?).

De todo modo, lembra Dworkin (2010, p. 203) que o juiz deve “decidir os casos difíceis com humildade”. A única saída, assim, parece ser a imprescindibilidade de a decisão conter uma *fundamentação diferenciada*.<sup>55</sup> O projeto do novo CPC, atento ao problema, assim dispõe: “Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas” (art. 477, parágrafo único, do projeto do novo CPC).

#### 4. Considerações finais

Consideramos que a noção de direito à participação procedimental, a que nos referimos ao longo do texto, é essencial para a compreensão do projeto do novo CPC. Entendemos que o processo deve servir ao cidadão, e este deve ser reconhecido como o centro do processo.

Pensando nisso, o projeto do novo CPC assegura às partes o direito à participação procedimental, prevendo, em termos práticos, meios para que isso se materialize.

<sup>55</sup> Os problemas relacionados aos princípios e valores jurídicos na construção da solução jurídica, neste breve ensaio apenas referidos, são por nós examinados, com mais vagar, em obra que se encontra no prelo.

No projeto, foram inseridas regras (verdadeiros princípios) que demonstram haver sincronia entre suas disposições e as normas constitucionais. Afinal, não é mais possível compreender o processo civil, senão a partir das regras e princípios constitucionais.

O projeto reconhece que o processo não é mera relação de sujeitos abstratos, mas um verdadeiro sistema interacional de que participam sujeitos concretos. Assim, exige o projeto do novo CPC um maior comprometimento dos órgãos jurisdicionais em materializar essa aspiração, no sentido de compreender a realidade do cidadão que participa do processo, bem como de fazer-se entender.

Estes, assim, podem ser considerados os eixos fundamentais do projeto do novo CPC: primazia do cidadão no processo; ser espaço em que as partes possam exercer democraticamente seus direitos; simplificação procedimental; viabilização prática (e não apenas teórica) da concretização dos direitos subjetivos, amoldando-se à realidade social atual e ao direito material.

### Refêrências

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa: cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 5, p. 139-151, 1988. Disponível em: <[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10871/1/Doxa5\\_07.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10871/1/Doxa5_07.pdf)>.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. 669 p

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 2 v.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito processual civil*. 2. ed. ref. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990-1996. 2 v.

ARENDETT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.

ARIETA, Giovanni; DE SANTIS, Francesco; MONTESANO, Luigi. *Corso base di diritto processuale civile*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2002.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.

ÁVILA, Humberto. O que é “Devido Processo Legal”? *Revista de processo*, São Paulo, v. 33, n. 163, p. 50-59, set. 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: Influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros: 2011.

\_\_\_\_\_. *Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório*. In: *Causa de pedir e pedido no processo civil*. Coord. do autor e de José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 13-52. Ed. RT, 2002, p. 17).

BRUSCHI, Gilberto Gomes. Breves considerações sobre o princípio do contraditório e da ampla defesa no processo civil. In: *DIREITO civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 1026-1039.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A “principlização” da jurisprudência através da Constituição. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 25, n. 98, p.83-89, abr./jun. 2000.

\_\_\_\_\_. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 273 p.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO NETTO, José Rodrigues de. *Da ação monitoria: um ponto de vista sobre a Lei 9.079, de 14 de julho de 1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 247 p.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Il Mulino, 2005-2006. 2 v.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: volume1, introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2001.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed., ver. E atual. São Paulo: Malheiros, 2009. 400 p.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da execução*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. 671 p.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. 568 p.

FAZZALARI, Elio. La giustizia civile in Itali. In: \_\_\_\_\_. *La giustizia civile nei paesi comunitari*. Padova: Cedam, 1994a.

- \_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2006. 780 p.
- \_\_\_\_\_. *Istituzioni di diritto processuale*. 7. ed. Padova: CEDAM, 1994b.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.
- GORZ, André. *Misérias do presente, riqueza do possível*. São Paulo: Annablume, 2004. 160.
- GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: processo justo*. Disponível em: <<http://www.mundo-juridico.adv.br>>. Acesso em: 10 fev. 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. 195 p.
- GRUNDRECHTE im Leistungsstaat: Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung. Martens et al. Berlin: De Gruyter, 1972. (Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer; 30). Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Regensburg vom 29. September bis 2. Oktober 1971
- GRUNSKY, Wolfgang. *Zivilprozessrecht*. München: Luchterhand, 2006.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 22. n. 87, p. 166-174, jul./set. 1997.
- \_\_\_\_\_. Significado epistemológico do conceito processual de Constituição. In: LOIS, Cecília Caballero; BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; LEITE, Roberto Basilone (Coord.). *A constituição como espelho da realidade: interpretação e jurisdição constitucionais em debate: homenagem a Silvio Dobrowolski*. São Paulo: LTr, 2007. p. 181-186.
- \_\_\_\_\_. *Teoria processual da Constituição*. 2. ed. São Paulo: c. Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2002. 234 p.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003-.
- HART, H.L.A. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1997. 315 p.
- JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. Lisboa: Almedina, 2002.
- JELLINEK, Georg. *System der subjektiven Öffentliche Rechte*. New York: Elibron Classics, 2006. 341 p. Replica of 1892 edition by Akademische Verlagsbuchhandlung von J.C.B. Mohr, Freiburg.
- LA CHINA, Sergio. *L'escuzione forzata: e le disposizioni generali del Codice di Procedura Civile*. Milano: A. Giuffrè, 1970.
- LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e Democracia: a ação jurídica como exercício da cidadania, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 161, p. 324-338, jul. 2008.
- LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/17062062/Os-Tempos-Hipermodernos-Gilles-Lipovetsky>>.
- LOPES, João Batista. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006-.
- LUISO, Francesco Paulo. *Diritto processuale civile*. 3. ed. Milano: A. Giuffrè, 2000.
- LÜKE, Wolfgang. *Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung* 9. Aufl. München: C.H. Beck, 2006. p. 12-13;
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. atual. Campinas: Millennium, 2003. 3 v.
- MARTÍN OSTOS, Jose de los Santos. *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil*. Madrid: Montecorvo, 1981.
- MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 28, n. 112, p. 13-32, out./dez. 1991.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *CPC: Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 1214 p. Com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC
- \_\_\_\_\_; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Parte geral e processo de conhecimento*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 362 p. (Coleção Processo civil moderno, v. 1).
- MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelares e antecipadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 468 p.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Ed., 1997-.
- MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 335 p.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 303 p.

- NERY JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *CPC comentado: e legislação extravagante: atualizado até 1º de março de 2006*. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 1536 p.
- NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 144 p.
- NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (org.), *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodium 2008. v. 1., p. 151-173.
- OLIANI, José Alexandre Manzano *O contraditório nos recursos e no pedido de reconsideração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 192 p.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 155, p. 10-26, jan. 2008.
- \_\_\_\_\_. Garantia do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 132-150.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 722 p.
- PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 2. ed. Napoli: E. Jovene, 1996.
- REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004. 2 v.
- REICHEL, Luis Alberto. O conteúdo da garantia do contraditório no Direito Processual Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 162, p. 330-351, ago. 2008
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 891, p. 65-106, jan. 2010.
- TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975. 610 p.
- TARZIA, Giuseppe. *Lineamenti del processo civile di cognizione*, 2. ed. Milano: A. Giuffrè, 1991.
- TAVOILLOT, Pierre-Henri. Prefácio à obra de Gilles Lipovetsky. In: LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hiper-modernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 190 p.
- VÉSCOVI, Enrique. *Teoria general del proceso*. Bogota: Temis, 1984. 352 p.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005a. 437 p.
- \_\_\_\_\_. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.
- \_\_\_\_\_. Uma reflexão sobre as cláusulas gerais do Código Civil de 2002: a função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 831, p. 59-79, jan. 2005b.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia. Sobre coerção, autoridade e efetividade do processo. In: Tesheiner, José Maria Rosa; MIORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (Coord.). *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do prof. Dr. Araken de Assis*. Rio de Janeiro: Gen: Forense, 2007. 702 p.
- WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Donald de Avila. *Pragmática da comunicação humana: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação*. São Paulo: Cultrix, 1973.
- ZIZEK, Slavoj. *Bem-vindo ao deserto do real: cinco ensaios sobre o 11 de setembro e datas relacionadas*. São Paulo: Boitempo, 2003.

# Le impugnazioni nel nuovo *Código de Processo Civil* brasiliano, tra isonomia e deflazione\*

Leo Piccininni

## Sommario

1) Introduzione. - 2) I *recursos* previsti nel nuovo *Código*. - 3) Breve disamina di alcuni ulteriori rimedi latamente impugnatori regolati nel nuovo *Código*. - 4) Conclusioni.

1) L'emanazione di un nuovo codice merita di essere normalmente accolta con l'ampio respiro di chi inaugura una nuova era, voltando - non importa se con gesto brusco o animo lieve - una pagina di storia giuridica. Dietro di sé, essa lascia la scia della progressiva emersione e stratificazione di esigenze ed esperienze sempre nuove, tali da aver consigliato o imposto l'adeguamento non già di singole disposizioni di legge, bensì dell'intero sistema normativo di riferimento, offrendo la preziosa occasione per riconsiderarne la tenuta complessiva.

Con l'estensione del nuovo *Código de Processo Civil*, la capacità di globale veduta dell'ordinamento processuale da parte del legislatore brasiliano può ben apprezzarsi, in particolare, avuto riguardo al contesto normativo in cui si collocano le dinamiche proprie della specifica materia delle impugnazioni.

È apparso infatti subito molto chiaro che, per tale precipuo tema, la disciplina positiva è fortemente condizionata dalla funzione che si è inteso attribuire alle impugnazioni, in un percorso coerente di miglior organizzazione delle risorse e delle soluzioni tecniche all'interno del processo.

Sin dai lavori preparatori del nuovo codice di procedura civile brasiliano, come

Leo Piccininni, *Ricercatore nell'Università degli Studi di Roma Tre.*

\* Sem revisão do Editor.



già messo in luce dalle notazioni che hanno introdotto ed accompagnato *l'anteprojecto* all'attenzione degli interpreti, l'intenzione del legislatore era infatti dichiaratamente improntata alla semplificazione del sistema delle impugnazioni, nell'ottica di valorizzare la principale ragione di esistenza riconosciuta ai tribunali superiori, nel solco della Costituzione, ossia il ruolo schiettamente paradigmatico per la realizzazione del principio cardine di isonomia.

Gli interventi del legislatore restano marcatamente orientati a garantire quanto più possibile, anche su un piano di tecnica processuale, la stabilità degli indirizzi giurisprudenziali, elevandosi a valore essenziale per un buon esercizio di tutela giurisdizionale la prevedibilità e la certezza giuridica delle decisioni.

È molto significativo che, nell'esplicazione delle soluzioni perseguite già nel progetto preliminare, la Comissão abbia frequentemente privilegiato la enunciazione di considerazioni e di obiettivi generali, pur molto concreti, rispetto alla disamina delle singole innovazioni proposte.

Veniva pertanto ribadita con sicurezza la convinzione che i mutamenti troppo frequenti degli orientamenti di giurisprudenza ingenerano insicurezza nei consociati che si rivolgono agli organi decidenti; provocano senso di ingiustizia e desiderio di rivalsa in coloro che hanno visto decisa sfavorevolmente la propria causa in forza di un'interpretazione delle norme poi superata, a vantaggio di altri soggetti titolari di situazioni giuridiche analoghe; disorientano la parte di un processo iniziato con aspettative di proficuo esito alla luce del diritto vigente e vivente, considerata l'applicazione naturalmente immediata, nelle cause in corso, delle regole risultanti dai nuovi lumi giurisprudenziali.

Al contempo, si avvalorava l'idea che le evoluzioni troppo repentine degli indirizzi interpretativi della giurisprudenza generano discredito nei confronti della magistratura, rendendola meno attendibile agli occhi dei consociati.

Senza esitazioni di sorta il legislatore brasiliano, ben confortato dalla Costituzione, aspira in sostanza alla piena attuazione di un sistema processuale virtuoso nel quale, tendendosi costantemente ad un'interpretazione uniforme delle norme di diritto, i giudici rendano decisioni più giuste, essendo principalmente chiamati a soffermare la propria attenzione sugli accertamenti di fatto e sulle questioni inerenti al merito delle singole controversie, destinate infine ad essere ricondotte nel grembo di regole certe.

Nella medesima direzione, si inclina peraltro a credere che gli orientamenti giurisprudenziali su temi di diritto risultino sempre molto ponderati, perché una buona parte delle questioni giuridiche rilevanti per la decisione è risolta senza che sia richiesta ogni volta una puntuale e lunga elaborazione ricostruttiva da parte degli organi giudicanti; i quali, concentrando invece la propria indagine su un minor numero di profili di diritto, possono dedicarsi ad essi con più calma ed attenzione.

Apprezzabile corollario di siffatta impostazione è allora il principio per cui le tesi giurisprudenziali che si affermano e si consolidano in tale contesto paiono destinate ad una condivisione diffusa.

In definitiva, l'emanazione del nuovo codice di procedura civile brasiliano si presta a rafforzare la suggestione per cui un sistema che assicuri la stabilità e la prevedibilità degli orientamenti giurisprudenziali consente un maggior rendimento del processo, allo scopo di accertare nel modo più celere e meditato possibile tutti i profili inerenti al merito della controversia; e - di immediato e limpido riflesso - tende a deflazionare il carico dei giudizi di impugnazione nel sistema di riferimento, fino a negare l'accesso a *recursos* fondati su motivi di diritto contrari a principi giuridici consolidati nella giurisprudenza dei tribunali superiori.

L'aspirazione a ridurre le occasioni di gravame risponde dunque a una logica

deflattiva ragionata, che non intende sacrificare frettolosamente i poteri difensivi delle parti, né la giustizia delle decisioni. In una simile prospettiva, la scelta di semplificare e per certi versi ridurre le modalità di *recurso* esprime semmai la volontà di offrire ai consociati decisioni che non provochino occasioni di dissenso e di sorpresa per le parti in punto di diritto.

A conferma del fatto che la garanzia del riesame delle decisioni sia comunque sentita come ineludibile nell'ordinamento brasiliano, sta la ricca e minuziosa disciplina legislativa dei *meios de impugnação das decisões judiciais* e, in particolare, dei singoli *recursos* nel nuovo codice.

L'art. 948 c.p.c. individua ben nove mezzi di impugnazione specificamente elencati: *apelação*, *agravo de instrumento*, *agravo interno*, *embargos de declaração*, *recurso ordinário*, *recurso especial*, *recurso extraordinário*, *agravo de admissão*, *embargos de divergência* (art. 948), cui si aggiungono, quali ulteriori rimedi contro decisioni giudiziali – che restano peraltro in grandi linee estranei alle figure di impugnazione in senso tecnico: cfr. *infra*, par. 4 – *l'ação rescisória* (art. 919 ss.), *l'ação anulatória* (art. 929) e la *reclamação* (art. 942 ss.), tacendo di tutti gli ulteriori rimedi impugnatori regolati in relazione ai singoli procedimenti speciali previsti all'interno del codice.

2) Nella disamina della disciplina legislativa di recente introduzione, risaltano innanzitutto, rispetto al previgente codice, due palesi novità di impostazione formale.

L'una attiene alla collocazione del complesso di disposizioni che regolano le impugnazioni, le quali nel codice del 1973 erano inserite negli arts. 496 ss., a conclusione della disciplina del processo di cognizione, prima del processo di esecuzione e dei procedimenti speciali. Oggi, i mezzi di impugnazione delle sentenze sono previsti negli arts. 948 ss., in coda al codice.

Sembra, a ben vedere, che il legislatore abbia inteso dapprima svolgere la regolamentazione di tutte le possibili azioni tese

al conseguimento di tutela giudiziale in ogni distinta sede e forma, per poi destinare le norme di chiusura al tema dei rimedi contro le decisioni (e dunque della tutela in secondo grado).

L'impostazione parrebbe del tutto coerente con la concezione delle impugnazioni sopra delineata, come strumento del tutto immanente al sistema, al quale non si dovrebbe tuttavia ricorrere in ogni processo, nella sottesa ambizione di racchiudere la somministrazione di idonea tutela giurisdizionale nell'ambito di un solo giudizio, con esiti serenamente accettati dalle parti in lite.

La seconda differenza che, al primo impatto, si evince rispetto al previgente sistema, risiede nella parziale modificazione dei mezzi di impugnazione disponibili: l'elenco di cui all'art. 496 del codice del 1973 indicava otto *recursos*, l'elenco contenuto nella norma introduttiva dell'omonimo *Título* nel nuovo codice, l'art. 948, ne individua nove. Tra di essi, non si trovano più *l'agravo* generalmente detto (oggi si hanno invece, distintamente, *l'agravo de instrumento* e *l'agravo interno*) e gli *embargos infringentes*; al contempo è stato aggiunto *l'agravo de admissão*, mentre gli *embargos de divergência* sono stati svincolati dal riferimento al *recurso especial* ed al *recurso extraordinario*.

La soppressione degli *embargos infringentes*, già suggerita *de iure condendo* da autorevole dottrina<sup>1</sup>, integra una novità di rilievo ben rappresentativa della preferenza legislativa per una definitiva risoluzione della controversia, che ponga comunque e irrimediabilmente termine alla lite quando essa sia stata già oggetto di riesame, anche qualora l'esito dell'appello possa non apparire fondato su univoche ragioni. Non sarà infatti più possibile, oggi, impugnare *l'acórdão* che in sede di *apelação* abbia riformato la sentenza di merito con una decisione a maggioranza, quindi non unanime, del collegio.

<sup>1</sup> Cfr. ad esempio A. Buzaid, *Emsaio para uma revisão do sistema de recursos no Código de Processo Civil. Estudos de direito*. São Paulo, Saraiva, 1972, I, 111.

Per il resto, le suddette modifiche non alterano di molto l'impostazione del codice, tendendo semmai a renderla più funzionale.

Venendo alla considerazione dei singoli rimedi, l'*apelação* è, innanzitutto, il mezzo di impugnazione della *sentença*, la quale – a mente dell'art. 170 – consiste nel provvedimento con cui il giudice definisce la fase cognitiva del procedimento comune, *sem resolução de merito* o, come fisiologicamente dovrebbe accadere, *com resolução de merito* (arts. 472 – 474 c.p.c.)<sup>2</sup>.

L'*apelação* ha largo effetto devolutivo, attribuendo alla cognizione del tribunale dell'impugnazione l'intera materia controversa, comprese tutte le questioni già proposte e discusse nel processo, siano state o meno risolte con la sentenza; ed il giudice dell'appello dovrà conoscere tutte le ragioni difensive spese dalle parti nel processo, anche se la sentenza si fonda su una soltanto di esse (art. 965).

L'art. 963 prevede tuttavia che le questioni espressamente risolte nella fase cognitiva devono essere sollevate "*en preliminar de apelação*" oppure nelle "*contrarrazões*"; facendo comunque salve (ed escludendo pertanto dalla disciplina dell'*apelação*) le questioni risolte con le *decisões interlocutórias* espressamente indicate nell'art. 969, per impugnare le quali soccorre il diverso specifico mezzo dell'*agravo de instrumento*.

La normativa in tema di *apelação* non opera alcun riferimento alla possibilità di introdurre *nova*. Le regole comuni per i procedimenti dinanzi ai tribunali, valevoli per tutti i *recursos* (salve deroghe), prevedono tuttavia, quanto ai mezzi di prova, che ove riconosca la necessità della loro produzione il relatore deve rendere un provvedimento recante disposizioni per la conseguente attività di istruzione, da realizzarsi però non dinanzi allo stesso tribunale bensì dinanzi al giudice dell'istanza inferiore. Conclusa

<sup>2</sup> L'*apelação* è il mezzo di impugnazione esperibile anche avverso le pronunce emesse all'esito dei procedimenti non contenziosi: art. 690 c.p.c.

l'appendice istruttoria, il tribunale potrà decidere l'impugnazione (art. 893).

Il peculiare meccanismo delineato, che di certo non valorizza i vantaggi connessi al criterio processuale dell'oralità, implica quindi che il giudice di appello può ammettere nuovi mezzi di prova ritenuti necessari, ma non ne cura l'assunzione, esaminandone semmai gli esiti dopo che l'attività di acquisizione sia stata condotta dal giudice di grado inferiore.

L'*agravo de instrumento* è mezzo di impugnazione avente ad oggetto decisioni interlocutorie di merito, nonché pronunce su questioni inerenti a peculiari ambiti cognitivi (*tutela de urgência* o *da evidência*), ovvero a singoli temi o profili (rigetto dell'eccezione di compromesso, disconoscimento di personalità giuridica, gratuità della giustizia, esibizione o possesso di documenti o cose, esclusione del litisconsorte, limitazione del litisconsorzio, ammissibilità dell'intervento di terzi ed altri casi previsti dalla legge), che non richiedono, per il legislatore, il diverso procedimento di *apelação*.

L'*agravo interno* è invece il rimedio per le decisioni pronunciate dal relatore, nell'istruzione del processo, senza alcun limite quanto al relativo contenuto.

Merita peraltro di qui essere segnalata, sempre nel senso della auspicata riduzione del carico dei giudizi di impugnazione senza alcun pregiudizio della parte interessata, l'assoluta peculiarità delle due forme di *agravo* appena richiamate, avuto riguardo alla facoltà attribuita all'*agravante*, prima che il tribunale istruisca il relativo procedimento, di provocare la *retratação* della decisione gravata da parte del giudice *a quo*, allegando agli atti del processo ancora pendente dinanzi a quest'ultimo la prova della rituale instaurazione dell'*agravo*, una copia del *recurso* e la *relação* dei documenti prodotti a suo sostegno.

Se il giudice *a quo* ritratta la decisione, l'*agravo* non è procedibile, essendosi ottenuto in modo solerte il risultato della riforma della decisione interlocutoria, sen-

za dispendio di attività processuale in sede impugnatoria<sup>3</sup>.

Gli *embargos de declaração* consistono poi in figure di confine tra veri e propri mezzi di impugnazione e strumenti di mera correzione formale dei provvedimenti giudiziali. Essi possono essere interposti avverso qualunque decisione, monocratica o collegiale, per chiarire punti oscuri, eliminare contraddizioni, supplire ad omissioni su punti in relazione ai quali il giudice o il tribunale si sarebbero dovuti pronunciare, emendare errori materiali.

L'*embargo de declaração* si propone allo stesso giudice che ha emesso il provvedimento contestato, come si evince sia dall'art. 978 c.p.c., sia – ancor prima – dalla norma per cui la sentenza pubblicata non può più essere modificata dal giudice che l'ha emessa, se non per provvedere anche d'ufficio alla correzione di errori materiali o di calcolo, ovvero per effetto, appunto, di *embargos de declaração* (art. 481 c.p.c.).

Il *recurso ordinário*, il *recurso extraordinário* ed il *recurso especial* sono invece impugnazioni esperibili essenzialmente nei casi previsti dalla Costituzione della Repubblica, dinanzi al Supremo Tribunal Federal o al Superior Tribunal de Justiça, con riferimento a specifiche materie (*mandados de segurança, habeas data, mandados de injunção*, cause in cui siano parti uno Stato straniero o un organismo internazionale), ovvero alle precipue ipotesi in cui occorra sanzionare la contrarietà delle decisioni giudiziali a Costituzione, leggi, trattati, atti di governo, secondo quanto previsto dagli articoli 102 e 105 Cost.

Tali *recursos* ai Tribunali Superiori non appaiono dunque frequentemente spendi-

<sup>3</sup> In realtà le dinamiche appena descritte sono configurate in tal modo, nel dettaglio, esclusivamente per l'*agravo de instrumento*. Per l'*agravo interno* la possibilità di ritrattazione della decisione da parte del relatore è espressamente menzionata nell'art. 975, ma non è regolata quanto alle sottese attività da compiersi. Dovrebbe dunque ritenersi che, in difetto di altre indicazioni, valgano anche per la *retratação* nell'*agravo interno* i meccanismi che si concretizzano con riguardo all'*agravo de instrumento*.

bili nelle più comuni vicende controverse. Analoga notazione vale, *a fortiori*, per l'*agravo de admissão*, il quale rappresenta il rimedio per opporsi alle pronunce di inammissibilità di un *recurso extraordinário* o *especial*.

Essi rivestono tuttavia particolare importanza nella direzione di assicurare l'uniformità di orientamenti giurisprudenziali, vertendo su questioni di rilevanza generale, avendo ad oggetto decisioni contrarie a *súmula* o tesi consolidate, e traducendosi in pronunce paradigmatiche, nella forma dell'*acordão*, anche quando emessi per giudicare *recursos extraordinário* e *especial repetitivos*, fondati tutti sulla medesima questione di diritto, per i quali il Supremo Tribunal Federal o il Superior Tribunal de Justiça individuano un *recurso representativo da controvérsia* e lo decidono, sentiti i soggetti interessati, con effetti per ogni altro giudizio *repetitivo*.

Con il medesimo spirito si possono considerare infine gli *embargos de divergência*, con cui ci si oppone, a fini di omologia delle tesi, alla decisione di una *turma*, resa (essenzialmente) nell'ambito di un *recurso especial* e contrastante con i principi affermati in decisione di altra *turma*.

Nell'intento di inquadrare più agevolmente i numerosi mezzi di impugnazione sin qui richiamati, si può sostenere che l'*apelação*, l'*agravo de instrumento* e l'*agravo interno* integrano rimedi connotati da una nitida demarcazione dei rispettivi ambiti di applicazione ma caratterizzati, tutti, da una tendenziale libertà di critica, senza vincoli per l'impugnante quanto ai motivi di censura da spendere nel caso concreto.

Si tratta di impugnazioni che possono essere esperite sia per motivi di rito che di merito; notazione che consente di interrogarsi sull'esistenza di un ordine di trattazione delle questioni nell'ambito dei relativi giudizi.

In tal senso, si osserva che le disposizioni processuali comuni per i giudizi dinanzi ai tribunali sanciscono generalmente la priorità delle *questões preliminares* sollevate

rispetto al *merito* e la necessità di disporre la rinnovazione di atti processuali in caso di nullità sanabile, prima di procedere nel giudizio (art. 893)<sup>4</sup>.

È inoltre stabilito che, nel concorso tra *apelação* e *agravo de instrumento* nel medesimo processo, l'*agravo* deve essere deciso prima.

Considerati come categoria a sé gli *embargos de declaração* per le ragioni anzidette, i restanti rimedi impugnatori si estendono invece, effettivamente, tra profili di legittimità del singolo processo o della decisione ivi resa e ragioni sistematiche di unità e coerenza degli orientamenti giurisprudenziali nell'ordinamento processuale.

3) Tutti i mezzi di impugnazione elencati nell'art. 948 c.p.c. e finora brevemente descritti sono ad ogni buon conto di natura ordinaria, ossia esperibili prima del passaggio in giudicato della sentenza.

Per ciascuna delle suddette impugnazioni si danno regole procedurali *ad hoc*, idonee alla funzione singolarmente rivestita; ora dette regole sono tracciate già nel codice, ora quest'ultimo rinvia ai regolamenti interni dei singoli tribunali.

Esistono poi disposizioni generali che, tracciate nel *capítulo* introduttivo in materia, valgono in linea di principio per ogni mezzo, indistintamente.

La disciplina comune, così come le regole proprie dei singoli rimedi, confermano l'inclinazione legislativa verso orizzonti di sistema, in punto di celerità e snellezza dei processi e di stabilità delle decisioni.

<sup>4</sup> Sul punto il legislatore del nuovo codice avrebbe probabilmente potuto mostrarsi più generoso di previsioni, raccogliendo semmai anche gli spunti di autorevole dottrina che oltre vent'anni fa e con riferimento al progetto di "codice tipo" per l'America Latina, rimarcava l'opportunità di ordinare il concorso tra questioni processuali stabilendo la trattazione, prima, di quelle relative alle parti, per poi, "solo dopo aver accertato che le parti sono tutte quelle necessarie, sono capaci, idoneamente rappresentate e così via, passare all'esame delle questioni che riguardano il giudice": così, F.P. Luiso, *Il sistema delle impugnazioni nel progetto di «codice tipo» di procedura civile per l'America Latina*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 466.

Il termine di impugnazione delle sentenze - pena, naturalmente, il passaggio in giudicato - è unico e molto breve, quindici giorni, per tutti i mezzi (tranne che per gli *embargos de declaração*, il termine per esperire i quali è ancor più stretto, di cinque giorni, a conferma della peculiare natura dello strumento); varia solo il *dies a quo*, giacché l'art. 957, fatti salvi i criteri di computo generalmente previsti nell'art. 192, prevede che il termine per interporre *recurso* decorre, alternativamente: dalla lettura della sentenza o della decisione in udienza; dalla *intimação* (mezzo di comunicazione degli atti e dei provvedimenti alle parti che - salvo disposizione contraria - trova impulso officioso: arts. 241 ss.), quando la sentenza o la decisione non sono proferite in udienza; dalla pubblicazione del dispositivo dell'*acordão* nell'*orgão oficial*.

Ben si intuisce, anche in siffatta prospettiva, che il legislatore brasiliano ha cura di ottenere quanto prima la stabilità delle decisioni giudiziali, accelerando la decadenza dal gravame e mantenendo entro margini ristretti il potere di contestare le decisioni, implicitamente confidando nella complessiva efficienza del sistema giudiziale, nell'effettivo rispetto di dinamiche processuali pienamente rodiate nei modi e nei tempi di attuazione e, soprattutto, nel potenziamento e nel perfetto funzionamento dei mezzi di pubblicazione, comunicazione e circolazione delle pronunce rese. Tale ultima circostanza, nel quadro appena figurato, rimane un presupposto invero essenziale per garantire la serenità dei litiganti e dei loro difensori, i quali altrimenti verrebbero in una condizione psicologica di costante allarme circa l'avvenuta emanazione della decisione e la conseguente decorrenza dei brevi termini per interporre l'eventuale *recurso*.

A prescindere dalle modalità ed alle tecniche normative di bilanciamento delle esigenze di giustizia delle decisioni, dietro il potere di provocarne il riesame, e di certezza dei rapporti giuridici, per effetto del



passaggio in giudicato una volta maturate le relative preclusioni o decadenze, nei sistemi in cui non si danno tempi certi di emanazione e pubblicazione delle decisioni appare infatti necessario improntare un meccanismo che assicuri comunque alla parte soccombente un ragionevole lasso di tempo per impugnare, per le ipotesi in cui in concreto manchi un atto di impulso con cui essa possa venire a conoscenza del testo integrale della sentenza, affinché la mancata proposizione delle impugnazioni entro i termini all'uopo stabiliti non sia l'effetto di una svista più o meno incolpevole, bensì il frutto di una scelta consapevole.

Ancora una volta si ravvisa dunque lo stringente nesso che annoda la disciplina brasiliana dei mezzi di impugnazione alla sottesa esigenza di ottimalità e piena efficienza nel rendimento e nell'organizzazione del processo civile.

I medesimi termini processuali valgono, peraltro, per il regime delle impugnazioni nei casi di soccombenza parziale e ripartita tra attore e convenuto.

Il principio di fondo è che tutte le parti devono proporre *recurso*, indipendentemente, nel termine di legge, con le forme dell'impugnazione principale (e salva l'attivazione di meccanismi processuali idonei ad assicurare successivamente una decisione unica). Per l'*apelação*, per il *recurso extraordinário* e per il *recurso especial*, è tuttavia ammesso un *recurso adesivo*, che la parte resistente può proporre entro il termine di cui dispone per difendersi dal *recurso principal*, al quale ultimo resta comunque subordinato, non essendo oggetto di cognizione laddove l'impugnazione principale sia oggetto di successiva rinuncia, ovvero sia dichiarata inammissibile o "deserta".

Molto rigore, insomma, per chi ha interesse ad impugnare. Ancor di più, in tutta coerenza, per chi impugna senza adeguato interesse, con possibili sanzioni patrimoniali (multe) a carico di coloro che propongono *recursos* dichiarati dal collegio unanimemente inammissibili (per l'*agravo*

*interno* si veda ad esempio l'art. 975 c.p.c.) o manifestamente dilatori (per gli *embargos de declaração* si veda ad esempio l'art. 980 c.p.c.).

D'altro canto, dinanzi a posizioni giuridiche sovrapponibili il nuovo codice predilige soluzioni che permettano di evitare, ove possibile, attività processuali ripetitive ed ipertrofiche: per questo, in processi litisconsortili, l'impugnazione proposta da una parte può giovare ad altri litisconsorti, la cui posizione riposi sulle medesime questioni di fatto e di diritto e, in caso di solidarietà passiva, il *recurso* avanzato da un debitore giova agli altri, in caso di comunanza delle difese da opporre al creditore (art. 959).

In buona sostanza, senza che si pretenda di ulteriormente perlustrare ogni singola norma sulle impugnazioni civili in cerca di conferme positive di quanto si è già inteso evidenziare, le opzioni del legislatore processuale brasiliano sono chiare: il miglior funzionamento della giustizia e la massima stabilità delle decisioni riconducono le impugnazioni a strumento - sì - di immancabile garanzia ma, nelle ambizioni di sistema, letteralmente di seconda istanza; non come fase pressoché ineluttabile di un processo fisiologicamente concepito in più gradi, bensì come mezzo per conseguire un accertamento definitivo in ordine alle vicende che, malgrado un'applicazione del diritto tendenzialmente uniforme e condivisa, siano ancora controverse nel merito (o in relazione a specifiche questioni) dopo un primo giudizio; ovvero, comunque, per formulare enunciati di tesi e principi vincolanti per i tribunali inferiori, secondo i criteri interni, allo scopo di consolidare ed uniformare l'interpretazione della disciplina giuridica.

Lo sforzo di isonomia cui sono chiamati i tribunali appare, già sulla carta, inesausto.

L'art. 882 c.p.c. richiede infatti espressamente ai tribunali di emettere enunciati corrispondenti a *súmula da jurisprudência dominante*, stabilisce la portata vincolante

degli orientamenti della giurisprudenza nei rapporti tra i singoli uffici, riconosce il ruolo di guida della giurisprudenza del Supremo Tribunal Federal e dei tribunali superiori, ammette mutamenti della giurisprudenza dominante di tali corti solo a fronte di una motivazione adeguata e specifica, con possibilità di modulazione degli effetti del cambiamento di indirizzo nell'interesse sociale e per ragioni di sicurezza giuridica, demanda infine ai regolamenti interni dei tribunali di prevedere procedimenti autonomi per la revisione della giurisprudenza, attraverso la partecipazione di persone, organi ed enti che contribuiscano alla decodificazione della materia.

A tale opera di compatta uniformazione della giurisprudenza, si accompagna, per chiara e coerente volontà di legge, un significativo filtro preventivo delle impugnazioni.

È infatti affermato il dovere, per il relatore designato nel singolo tribunale, di negare ai sensi dell'art. 888 c.p.c. la procedibilità delle impugnazioni che contrastano, per menzionare i casi più importanti, con *súmula* del Supremo Tribunal Federal, del Superior Tribunal de Justiça e del proprio tribunale, o con *acórdão* emesso dal Supremo Tribunal Federal o del Superior Tribunal de Justiça nei singoli giudizi relativi a più casi ripetitivi<sup>5</sup>.

Il filtro congegnato dal legislatore brasiliano sembra effettivamente rispondere a criteri di interpretazione ed applicazione piuttosto agevole, apparendo pienamente adeguato allo scopo di arrestare sul nascere le impugnazioni non idonee a superarne le maglie, senza sortire l'effetto indesiderato di ingenerare dubbi o conflitti in ordine alla sua concreta portata operativa.

4) Ulteriori strumenti apparentemente - almeno in senso lato - impugnatori, in

<sup>5</sup> La medesima norma stabilisce, nella medesima logica, il dovere del relatore di dare seguito alle impugnazioni contro decisioni contrarie a *súmula* o *acórdão*, negli stessi casi indicati nel testo.

quanto muovono contro provvedimenti giudiziali, sembrano dover ancora essere considerati, in aggiunta ai *recursos* ordinari di cui agli arts. 948 ss., nel sistema processual-civilistico brasiliano.

Desta innanzitutto interesse l'*ação rescisória* (art. 919 ss.), proponibile contro ogni *sentença* o *acórdão* dopo il relativo passaggio in giudicato, alla stregua di un'impugnazione straordinaria.

Il legislatore qui dimostra di perseguire le esigenze di stabilità dei rapporti e delle decisioni in misura forse non sufficientemente ponderata, rispetto alla concorrente necessità di giustizia per i consociati.

I motivi di *rescisão* sono in larga parte quelli tipici di simile rimedio anche in altri sistemi.

La decisione è infatti rescindibile: quando è frutto di violenza, concussione e corruzione del giudice, quando il giudice era incapace o assolutamente incompetente, quando è il frutto del dolo di una parte a danno dell'altra, o della collusione tra le parti in frode alla legge, quando viola la cosa giudicata, quando viola manifestamente una norma giuridica, quando si fonda su prova la cui falsità sia stata accertata in un processo penale o comprovata mediante la stessa *ação rescisória*, quando la parte viene a conoscenza di una prova della quale prima ignorava l'esistenza o non poteva disporre, di per sé idonea a procurargli una decisione favorevole, quando è fondata su errore di fatto riscontrabile dall'esame degli atti, avendo il giudice ammesso un fatto inesistente o avendo considerato inesistente un fatto accaduto, senza che il punto sia stato tuttavia controverso o oggetto di pronuncia.

Non convince però l'indistinta individuazione, per tutti i motivi, non tanto di un termine unico per la proposizione dell'*ação*, pari ad un anno, quanto la fissazione di un *dies a quo* tendenzialmente comune, coincidente con la data di passaggio in giudicato della decisione di cui si chiede la rescissione (ovvero, ma ciò è senz'altro logico, della sentenza penale nel caso di condotta frau-

dolenta del giudice o di riconoscimento della falsità di prove poste a fondamento della stessa decisione che si impugna).

Occorre qui prendere atto che, in linea di principio, è concesso ai soggetti legittimati lo stesso margine di tempo, sia per chiedere la rescissione fondata su ragioni ben desumibili dalla vicenda processuale sottesa alla decisione, nonché dal testo di quest'ultima, come ad esempio per la violazione manifesta di norme di diritto o di un precedente giudicato, ovvero per l'errore di fatto; sia per chiedere la rescissione fondata su motivi occulti, di cui non è possibile prevedere i tempi ed i modi di concreta emersione, come nei casi in cui l'*ação* è fondata su una prova di cui si ignorava l'esistenza prima del passaggio in giudicato, oppure tende a dimostrare la falsità (non accertata in sede penale) di una prova per ragioni non note prima del passaggio in giudicato, ammettendosi implicitamente che se i motivi di revisione della decisione, pur in ipotesi clamorosi, sorgono entro un lasso di tempo ritenuto congruo, eppure relativamente ristretto, la parte ingiustamente soccombente può giovarsene, altrimenti no.

La scelta discrezionale del legislatore si presta effettivamente a critiche su un piano di ragionevolezza. Non può tuttavia omettersi di notare che l'*ação rescisória* nel codice brasiliano – lo dice anche il *nomen* – è concepita come una vera azione, non come un rimedio impugnatorio in senso tecnico.

Essa deve essere cumulata con la domanda di un nuovo giudizio sulla fattispecie, dovendosi ritenere persi gli effetti della originaria litispendenza, con salvezza dei diritti *medio tempore* acquisiti da terzi di buona fede; ed è affidata ad un giudice che, se possibile, non deve aver partecipato al giudizio culminato nella decisione che si vuol rescindere<sup>6</sup>.

La collocazione della disciplina di tale *ação* al di fuori dei *recursos*, unitamente agli

<sup>6</sup> Si prevede tuttavia, singolarmente, che anche qui l'assunzione di prove può essere delegata all'organo che ha emesso la pronuncia di cui si predica la rescissione, affinché vi provveda entro tre mesi (art. 925).

indici interpretativi appena considerati, inducono pertanto a negare che tale rimedio straordinario avverso decisioni passate in giudicato rientri tra le impugnazioni in senso stretto.

Senza alcun minimo dubbio, simili notazioni vanno affermate per l'*ação anulatória* (art. 929 c.p.c.), che è semmai assimilabile – quanto al regime – ad un'impugnativa negoziale, servendo a provocare “nei termini di legge” la rimozione degli atti di disposizione dei diritti omologati dal giudice nel processo.

È rimedio posto, inoltre, a presidio dell'osservanza dei principi giuridici affermati dai tribunali superiori nei diversi uffici giudiziari del territorio la *reclamação* (arts. 942 ss.), rivolta a garantire l'autorità delle decisioni del Tribunale, l'osservanza della *súmula vinculante*, ovvero di tesi affermata in relazione alle specifiche ipotesi in cui è ammesso l'*incidente de resolução de demandas repetitivas*.

La competenza per la *reclamação* rientra nel novero delle attribuzioni del Supremo Tribunal Federal e del Superior Tribunal de Justiça, come previste dalla Costituzione della Repubblica (arts. 102 e 105).

Non è prefissato un termine per la relativa proposizione, né va estesa alla *reclamação* la disposizione contenuta nell'art. 948, che fissa in quindici giorni il termine generale per i *recursos*, categoria cui, anche per collocazione normativa, essa non appartiene.

Costituisce dirimente conferma, in tal senso, la previsione costituzionale per cui il potere dei predetti Tribunali di giudicare la *reclamação* rientra nel novero delle competenze “originarie”, elencate separatamente dalle materie viceversa sottoposte alla cognizione degli stessi soltanto mediante *recurso, especial* o *extraordinário*.

La *reclamação*, pure, rimane pertanto configurata essenzialmente come un'azione.

Giova infine segnalare, per altro verso, che non esiste nell'ordinamento brasiliano un *recurso* proprio del terzo; né in tal senso vale richiamare gli *embargos de terceiro* di

cui all'art. 660 c.p.c., i quali conferiscono a colui che non sia parte del processo e che soffra costrizioni su beni in suo possesso, o in relazione ai quali sia titolare di un diritto incompatibile con un altrui atto restrittivo, poteri di istanza a tutela della propria situazione soggettiva, da esercitarsi in pendenza della causa e fino al passaggio in giudicato della decisione che lo definisca, oppure in sede esecutiva.

Si segnala d'altro canto che l'art. 950 del codice, nell'ambito delle disposizioni generali in materia di impugnazione, attribuisce la legittimazione a proporre i *recursos* anche al "terzo pregiudicato", quando ciò sia possibile. È il caso però di dubitare che il breve termine di impugnazione indicato nelle medesime disposizioni generali possa risultare idoneo allo scopo di consentire diffusamente al terzo, che non abbia partecipato al processo, di apprestare fruttuoso rimedio avverso pronunce a sé sfavorevoli.

5) Deflazione e isonomia sono in conclusione i due principali obiettivi che il legislatore può, almeno in previsione, fregiarsi di aver proficuamente perseguito mediante la recente riforma del codice di procedura civile, con riferimento alla innovata disciplina delle impugnazioni.

Quest'ultima si inserisce d'altronde in un assetto processuale nel quale la comunicazione e la cooperazione tra gli uffici giudiziari – e tra giudici del medesimo ufficio – non rappresenta soltanto un profilo di prassi, trovando preciso conforto in plurime norme di legge ed istituti; nel quale la trasparenza delle attività processuali e delle decisioni<sup>7</sup> è una regola di buon andamento della giustizia; nel quale si avverte come un'attenta amministrazione dei ruoli giudiziari ed un'ordinata gestione delle cause sappiano contribuire alla credibilità e all'effettività dell'ordinamento; nel quale si insegna che se un processo è condotto con buon senso

<sup>7</sup> Nelle decisioni collegiali non unanimi, ad esempio, deve essere espressamente indicato il voto di minoranza, che è considerato per legge, ad ogni effetto, parte integrante della pronuncia.

e se ogni soggetto coinvolto nella vicenda giudiziale è messo nelle condizioni di lavorare in maniera efficiente, si può garantire l'esercizio delle prerogative di ciascuno pur concedendo tempi di azione e di reazione circoscritti nella durata; nel quale la cura del funzionamento complessivo del sistema si esprime anche attraverso piccole ma significative regole processuali di civiltà (si veda ad esempio la previsione di cui all'art. 1004, nell'ambito delle disposizioni finali e transitorie, la quale stabilisce la priorità nella trattazione delle cause che interessano persone di età uguale o maggiore a sessanta anni, o portatrici di grave disabilità).

Un simile approccio al tema risulta invero incoraggiante, innanzitutto perché induce a credere, con ottimismo, che l'efficienza del sistema giudiziale può essere sensibilmente incrementata anche laddove – in ipotesi – le risorse materiali siano attualmente scarse (non si può qui negare un implicito riferimento all'Italia), non dovendosi minimamente sottovalutare l'impatto che forme intelligenti di allocazione e di fruizione degli strumenti disponibili possono sortire sull'esercizio della tutela giurisdizionale.

L'impostazione adottata dal legislatore brasiliano offre inoltre lo spunto per cercare di sdrammatizzare circa la necessità di escogitare soluzioni di tecnica processuale straordinariamente elaborate, al fine di risolvere i problemi della giustizia civile.

La realtà processuale italiana, sul punto, è piuttosto emblematica: negli ultimi anni, nel dichiarato intento di alleggerire i ruoli dei giudici – specialmente – delle impugnazioni, si sono registrati interventi spesso scoordinati sia del legislatore, ad esempio tramite l'introduzione di differenti filtri, di natura tecnica, di ammissibilità del ricorso dinanzi alla Corte di cassazione<sup>8</sup>; sia della

<sup>8</sup> Il legislatore italiano dapprima (tra il 2006 e il 2009), con l'art. 366 *bis* c.p.c. oggi abrogato, ha imposto al ricorrente la formulazione di specifici quesiti di diritto, poi (dal 2009) ha invitato la Corte a non ammettere ricorsi che non offrano nuovi elementi di

giurisprudenza della stessa Suprema Corte, con effetti talvolta devastanti sulle cause in corso, ad esempio mediante la creazione di ipotesi di giudicato implicito su questioni pregiudiziali di rito mai sollevate né rilevate nel processo, semplicemente perché costituenti l'antecedente logico necessario della decisione di merito, con effetto preclusivo per il successivo rilievo in appello – in difetto di apposita impugnazione – ed in Cassazione.

A fronte di una tale sovrapposizione disordinata di rammendi, il tessuto del sistema non può che risultare informe; mentre le regole continuano a mutare, tra picchi evolutivi e disfattivi, l'interprete è chiamato a confrontarsi con gli effetti destabilizzanti dell'*overruling* giurisprudenziale in materia processuale, nonché ad interrogarsi sulle conseguenze dell'assenza, nell'ordinamento, di un criterio che chiarisca letteralmente

il problema dell'efficacia della norma processuale nel tempo, come invece ben riesce all'art. 14 del nuovo *Código* qui in esame ("la norma processuale non retroagisce ed è applicabile immediatamente ai processi in corso, nel rispetto degli atti processuali compiuti e delle situazioni giuridiche consolidate sotto la vigenza della legge abrogata").

Non è detto, naturalmente, che le soluzioni individuate nel nuovo codice brasiliano siano in assoluto le più efficaci, tra tutte quelle astrattamente immaginabili ed in relazione a qualunque contesto di riferimento. L'impressione che il lettore straniero si vede restituita, ad una disamina a prima lettura, è comunque nel segno di una piena consapevolezza dei profili di criticità del sistema di giustizia e delle soluzioni coerentemente offerte per affrontarli.

---

valutazione delle questioni di diritto decise dal giudice di grado inferiore in modo conforme alla giurisprudenza della stessa Cassazione, ovvero che censurino in modo manifestamente infondato la violazione dei principi del giusto processo (art. 360 *bis* c.p.c.).





# Cem novidades do novo Código de Processo Civil

Luiz Henrique Volpe Camargo

## Sumário

1. Breve histórico. 2. Algumas novidades do novo CPC. 2.1. Livro I – Da Parte Geral. 2.2. Livro II – Do processo de conhecimento e cumprimento de sentença. 2.3. Livro III – Do Processo de Execução. 2.4. Livro IV – Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais. 2.5. Livro V – Das Disposições Finais e Transitórias. 3. Conclusão.

### *1. Breve histórico*

Como é de conhecimento geral, por meio do ato do Presidente nº 379, de 30-09-2009, foi constituída uma comissão de juristas para elaborar anteprojeto para reforma do Código de Processo Civil.

Esse seletor colegiado foi presidido pelo Min. Luiz Fux e nele figurou como Relatora-Geral a professora Teresa Arruda Alvim Wambier. Além deles, Adroaldo Furtado Fabrício; Benedito Cerezzo Pereira Filho; Bruno Dantas; Elpídio Donizetti Nunes; Humberto Theodoro Júnior; Jansen Fialho de Almeida; José Miguel Garcia Medina; José Roberto dos Santos Bedaque; Marcus Vinicius Furtado Coelho e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro também integraram o grupo de trabalho.

Pois bem, depois de elaborado o anteprojeto, o texto foi entregue ao Senador José Sarney, Presidente do Senado Federal, que, por sua vez, o subscreveu como autor dando início a tramitação legislativa do Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010.

Luiz Henrique Volpe Camargo é Mestrando (PUC/SP) e especialista (UCDB/INPG) em Direito Processual Civil. Advogado. Professor do curso de graduação e pós-graduação em Direito Processual Civil da Universidade Católica Dom Bosco de Campo Grande, MS. Foi membro da comissão técnica do Senado Federal de apoio à elaboração do relatório-geral do PLS 166, de 2010, que trata da reforma do Código de Processo Civil. Foi assessor jurídico do Relator-Geral do projeto, Senador Valter Pereira.

Por força do regimento interno do Senado Federal (art. 374), a apreciação de projetos de Código deve ser realizada por uma comissão especial de 11 Senadores, designada especificamente para tal fim.

Cumprindo o regimento, foram designados os 11 Senadores, ocasião em que foram eleitos<sup>1</sup> o Presidente, Senador Demóstenes Torres, e o Vice-Presidente, Senador Antonio Carlos Valadares, e designado o Relator-Geral, Senador Valter Pereira. Depois de algumas substituições, ao final, o colegiado também foi composto pelos Senadores Acir Gurgacz (PDT-RO); Almeida Lima (PMDB-SE); Antônio Carlos Júnior (DEM-BA); Eduardo Suplicy (PT-SP); Marconi Perillo (PSDB-GO); Papaléo Paes (PSDB-AP) e Regis Fichtner (PMDB-RJ).

Tão logo designado, o Relator-Geral elaborou um *Plano de Trabalho*<sup>2</sup> que previu visitas a autoridades em Brasília; a remessa de ofícios para: (a) todos os Senadores; (b) todos os membros do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho; (c) autoridades representativas do Poder Executivo, de Juízes estaduais e federais, Advogados públicos e privados, Defensores Públicos, de membros do Ministério Público estadual e federal e da academia; (d) Presidentes de todas as Seccionais da OAB; (e) Presidentes de todos os Tribunais Regionais Federais; (f) Presidentes de todos os Tribunais de Justiça; (g) Presidentes de todos os Tribunais Regionais do Trabalho; (h) Representantes do Ministério Público de todos os Estados e do Ministério Público Federal; (i) Representantes das Procuradorias de todos os Estados; (j) Representantes da Defensoria Pública de todos os Estados; disponibilizando canal para a remessa de

sugestões; bem assim a realização de 10 audiências públicas Brasil afora, tudo com um único objetivo: colher subsídios para aperfeiçoar o texto originário.

No *Plano de Trabalho* também foi constituída uma comissão de quatro técnicos, no âmbito do Senado Federal, para auxiliar a elaboração do relatório-geral, com a revisão do projeto e a análise, uma a uma, de todas as sugestões encaminhadas. A convite do Relator-Geral, Senador Valter Pereira, teve a honra de participar dessa equipe de trabalho ao lado do Ministro aposentado do STJ Athos Gusmão Carneiro, do professor da PUC/SP e advogado Cassio Scarpinella Bueno e do Desembargador do TJ/MS Dorival Renato Pavan.

Sob a batuta do Relator-Geral, apreciamos 58 outros projetos de Lei da Câmara e do Senado que foram apensados ao projeto de novo código (PLS nº 166, de 2010) e as 220 emendas a artigos específicos do projeto apresentados por 12 Senadores, quais sejam, Acir Gurgacz; Adelmir Santana; Antonio Carlos Júnior; Antônio Carlos Valadares; Cícero Lucena; Eduardo Suplicy; Francisco Dornelles; Marconi Perillo; Mozarildo Cavalcanti; Níura Demarchi; Regis Fichtner e Romero Jucá.

Também analisamos mais de 800 *e-mails*, cartas e sugestões encaminhadas pelo *site* do Senado Federal; 106 notas técnicas enviadas por diversas instituições e órgãos, além das sugestões orais (todas gravadas e, depois, degavadas) feitas em 224 manifestações realizadas nas 10 audiências públicas ocorridas, sendo duas em Brasília, uma em Recife, outras em Belo Horizonte, São Paulo, Florianópolis, Rio de Janeiro, Salvador, Campo Grande e Goiânia.

Dando voz às diversas ponderações feitas pela comunidade jurídica, foi realizada ampla revisão e alteração do texto inicial. Ao todo, foram alterados/excluídos 447 artigos e introduzidos 75 novos dispositivos.

Tudo isso resultou na elaboração de um relatório-geral pelo Senador Valter Pereira

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=01/09/2010&paginaDireta=44184>>. Acesso em: 06-04-2011.

<sup>2</sup> Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=81947&tp=1>>. Acesso em: 06-04-2011.

de 550 páginas<sup>3</sup> e, diante da dimensão das alterações, na consolidação de um texto tecnicamente denominado de *substitutivo*. Também foi elaborado um *quadro comparativo* entre o texto do Código em vigor (que tem 1.220 artigos), o projeto original (que tem 970 artigos) e o *substitutivo*<sup>4</sup> (que, ao final, foi aprovado com 1007 artigos), para a compreensão de todos e que está disponível para consulta pública<sup>5</sup>.

É de se registrar que, depois da apresentação do relatório-geral, reconhecendo a qualidade do projeto elaborado pela Comissão de Juristas e do trabalho do Senado Federal, bem assim a relevância do novo Código para o país, importantes entidades manifestaram apoio ao pronto prosseguimento da tramitação legislativa, quais sejam: a Advocacia-Geral da União; o Conselho Federal da OAB; a Associação de Magistrados Brasileiros; a Confederação Nacional do Ministério Público e a Associação Nacional dos Defensores Públicos.

Diante disso e diante do consenso entre os Senadores, o relatório-geral foi aprovado pela Comissão Especial à qual me referi e, na etapa subsequente, pelo plenário do Senado Federal. Depois disso, em 19-12-2010, foi remetido para a Casa revisora, isto é, para a Câmara de Deputados. Lá, foi renumerado para Projeto de Lei nº 8046/2010 e seguirá sua tramitação legislativa.

Trata-se de uma proposta que, como diz a exposição de motivos do então anteprojeto, não representa “uma ruptura com o passado, mas um passo à frente”.

Entre as várias diretrizes que nortearam os trabalhos iniciais da Comissão de Juristas e, depois, do Senado Federal, está claro que se buscou a simplificação, com a

<sup>3</sup> PEREIRA, Valter; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (Org). *Projeto de Reforma do Novo Código de Processo Civil aprovado no Senado Federal*. Brasília: Senado Federal, 2011.

<sup>4</sup> Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85510&tp=1>>. Acesso em: 06-04-2011

<sup>5</sup> Disponível em: <<http://www.volpecamargo.com.br/materiais.php?id=2>>. Acesso em: 04-04-2011.

apresentação de soluções para problemas do atual sistema.

Neste artigo, que escrevo atendendo ao honroso convite de Bruno Dantas, Consultor-Geral do Senado Federal e Organizador da Edição Especial da Revista de Informação Legislativa do Senado Federal (Novo CPC), quero destacar 100 pontos do projeto, tal como aprovado no Senado Federal.

Optei por elaborar um texto com tópicos, pois acredito que neste momento de transformação do direito processual brasileiro, antes de discutir em profundidade cada uma das novidades, é preciso dar conhecimento do teor das mudanças projetadas.

Em outras palavras, este artigo não se propõe a enfrentar detidamente qualquer das inovações, mas, apenas, enumerar os 100 principais pontos, para transmitir uma visão geral do projeto.

## 2. Algumas novidades do novo CPC

O projeto de novo Código está composto por cinco livros, quais sejam: “Da Parte Geral”; “Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença”; “Do Processo de Execução”; “Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais”; e, por fim, “Das Disposições Finais e Transitórias”.

A exposição que se segue observa a mesma divisão e expõe, separadamente e na mesma ordem do Código, as principais novidades de cada um desses livros.

### 2.1. Livro I – Da Parte Geral

O “Livro I – Da Parte Geral” é composto por 10 Títulos que, por sua vez, são organizados em 291 artigos. É inteiramente dedicado aos institutos fundamentais do processo civil, aperfeiçoando, portanto, o sistema brasileiro, pois, no Código em vigor, tais institutos estão impropriamente dispostos no livro “Do Processo de Conhecimento”.

Em relação a este livro, é possível destacar o que se segue:

1ª) a criação da ordem cronológica de julgamentos. Os processos terão que ser decididos na *ordem* que foram remetidos ao gabinete do julgador para deliberação. Com isso, todos os processos deverão integrar uma *lista para consulta pública* de modo a garantir o mínimo de previsibilidade às partes quanto à possível data de solução de seu processo. Em 1º grau, o que importa para a inclusão do processo na *fila* ou *lista* não é a data do ajuizamento ou da distribuição, mas, sim, a data em que o feito está *maduro para julgamento*, quer porque a fase probatória é dispensável (art. 341), quer porque esta foi encerrada e já foram apresentadas razões finais (art. 348). Nos tribunais, o que determina a inclusão na lista é a data da conclusão. De se ressaltar, entretanto, que estão excluídos da regra do julgamento em ordem cronológica: I – as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido (art. 307); II – o julgamento de processos em bloco para aplicação da tese jurídica firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em recurso repetitivo; III – a apreciação de pedido de efeito suspensivo ou de antecipação da tutela recursal; IV – o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas; e, V – as preferências legais (art. 12);

2ª) a desconsideração da personalidade jurídica passa a ser apurada em incidente no qual se apurará, em contraditório prévio, a ocorrência ou não das situações autorizadas pela lei (art. 28 do CDC e art. 50 do CC) para responsabilização pessoal dos sócios de pessoa jurídica. Nesse ponto, também se positiva a possibilidade de que a desconsideração atinja bens do mesmo grupo econômico (art. 77);

3ª) fica instituído o dever das partes e seus procuradores de manterem seus endereços atualizados (art. 80);

4ª) a multa por litigância de má-fé é elevada de 1% para percentuais entre 2 e 10% (art. 84);

5ª) os honorários advocatícios sofrem substancial alteração. O *primeiro* ponto de destaque é a instituição de honorários recursais. A cada recurso improvido o sucumbente é condenado a pagar honorários adicionais que, no todo, não poderão ultrapassar a 25% do valor da condenação, do proveito, do benefício ou da vantagem econômica obtidos. O objetivo da regra é remunerar os advogados pelo trabalho adicional em 2º grau, no STJ e no STF (art. 87, §7º). O *segundo* ponto relevante refere-se aos honorários advocatícios das causas em que for parte a Fazenda Pública. Eles foram regulamentados em percentuais e em faixas. Quanto maior o valor da questão em discussão, menor o percentual de honorários e vice-versa. O teto é de 20% e o piso é de 1% (art. 87, §3º). Isso significa que o novo código não reproduzirá o sistema atual em que, quando vencida a Fazenda Pública, os honorários são fixados por *apreciação equitativa*, ou seja, pelo senso de justo do magistrado. O *terceiro* ponto destacável diz respeito à vedação da compensação de honorários advocatícios na hipótese de sucumbência recíproca. A mudança deveu-se ao fato de que desde 1994, quando passou a vigorar o art. 23 da Lei 8.906/94, os honorários de sucumbência passaram a pertencer ao *advogado*, de sorte que *seu* crédito não pode mais ser utilizado para pagar a dívida da *parte* por ele representada com o advogado que patrocina a *parte adversa* e vice-versa, porque o art. 368 do Código Civil exige como condição para a compensação que duas pessoas sejam, ao mesmo tempo, credoras e devedoras uma da outra e também porque o art. 380 do Código Civil veda a compensação em prejuízo de direito de terceiro (art. 87, §10);

6ª) a responsabilidade pelo pagamento da perícia passa a ser das duas partes, quando a prova for requerida por ambas (art. 97). Atualmente, em tal hipótese, só o autor responde pela despesa (art. 33 do CPC/73);



7<sup>a</sup>) a exemplo do que, na fase de conhecimento (parágrafo único, do art. 46 do CPC/73), já se admite no sistema atual, institui-se a possibilidade de limitação do litisconsórcio na *fase de cumprimento de sentença ou no processo de execução* quando este comprometer a rápida solução do litígio, dificultar o cumprimento de sentença, a sua impugnação ou o oferecimento de embargos à execução (art. 112, §§1<sup>o</sup> e 2<sup>o</sup>);

8<sup>a</sup>) instituiu-se o impedimento para o magistrado atuar no feito quando a procuração for conferida a membro de escritório de advocacia que tenha em seus quadros advogado que seja seu cônjuge ou companheiro ou parente até o terceiro grau, *mesmo que não intervenha diretamente no processo e que o nome de seu parente não conste da procuração* (art. 124, §3<sup>o</sup>). Criou-se mais uma hipótese de impedimento: o juiz não poderá decidir processos em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha vínculo empregatício ou para a qual já tenha exercido o magistério (art. 124, VIII);

9<sup>a</sup>) é criado o período de suspensão de prazos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro. Com isso, advogados poderão usufruir de um período de férias sem a preocupação de cumprir prazos. A suspensão dos prazos (e não de processos) não importará na suspensão ou paralisação do serviço forense, pois juízes, promotores e defensores continuarão a exercer suas atribuições normalmente, ressalvadas as férias individuais e os feriados instituídos por lei (art. 187);

10<sup>a</sup>) todos os prazos passam a ser contados apenas nos *dias úteis*, de modo a assegurar aos advogados o descanso em finais de semana e feriados (art. 186). Para possibilitar ao Poder Judiciário o controle do cumprimento do prazo, exige-se da parte a prova da ocorrência de feriado local (art. 362 e art. 948, §2<sup>o</sup>). Além disso, o projeto passa a permitir que o juiz aumente prazos e inverta a ordem de produção de provas de modo a permitir, em processos

complexos ou volumosos, o real exercício do direito de defesa (art. 118, V).

11<sup>a</sup>) o prazo de carga rápida é ampliado de *uma* para *duas* horas e fica instituída sanção para quem não devolver os autos dentro desse tempo (art. 104, §§ 3<sup>o</sup> e 4<sup>o</sup>);

12<sup>a</sup>) colocou-se fim ao prazo quádruplo para a Fazenda Pública apresentar defesa (art. 188 do CPC/73). A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações terão prazo em dobro, seja para apresentar defesa, seja para recorrer, seja para qualquer manifestação nos autos (art. 106);

13<sup>a</sup>) as intimações dos advogados pelo Diário da Justiça poderão ser realizadas apenas em nome da sociedade a que pertencem (art. 244, §1<sup>o</sup>);

14<sup>a</sup>) o Ministério Público passa a ter prazo peremptório de 30 dias para suas manifestações, na condição de fiscal da ordem jurídica. A nulidade ocorrerá se *não for intimado* para se manifestar, mas não se a manifestação não acontecer em si (arts. 156 e 254);

15<sup>a</sup>) em substituição aos procedimentos cautelares típicos (art. 813 a 873 do CPC/73) e atípicos (art. 798 do CPC/73) e a tutela antecipada (art. 273 do CPC/73) previstos no sistema atual, o projeto institui Título único destinado às *tutelas de urgência*. O pedido apresentado nesse sentido, que poderá ser formulado em caráter antecedente ou incidental, poderá ser de natureza satisfativa ou cautelar. O deferimento da *tutela de urgência* fica condicionado à demonstração da *plausibilidade do direito* e, cumulativamente, *do risco de lesão grave ou de difícil reparação* (art. 269, 276, 277, 279 a 285);

16<sup>a</sup>) fica instituída a possibilidade de concessão da *tutela de evidência*, ou seja, de medida de caráter antecipatório que *independe* da demonstração do risco de lesão grave ou de difícil reparação. Para o seu deferimento, basta que: fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido; *ou* que um ou mais dos pedidos cumulados ou par-

cela deles se mostre incontroverso; *ou* que a inicial seja instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; *ou* ainda que a matéria seja unicamente de direito e já exista tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante (art. 278).

## 2.2. Livro II – Do processo de conhecimento e cumprimento de sentença

O segundo Livro é composto por 3 Títulos que, ao seu turno, estão organizados em 438 artigos (entre o artigo 292 e o artigo 729).

O primeiro Título trata “Do Procedimento Comum”, o segundo é dedicado ao “Cumprimento de Sentença” e o terceiro trata “Dos Procedimentos Especiais”.

Em relação ao título que trata “Do Procedimento Comum”, é de se destacar:

17<sup>a</sup>) de regra, a participação do réu não começará com a apresentação de defesa no prazo de 15 dias a contar da citação como ocorre atualmente (art. 297 c/c art. 241 do CPC/73), mas, sim, por comparecimento a uma audiência de conciliação. Com isso, de início, haverá tentativa de solução amigável da questão, em audiência conduzida por conciliadores e mediadores, que serão os novos auxiliares do juízo (art. 144 a 153). Se necessário, num intervalo de 60 dias, poderá haver mais de uma sessão de conciliação, isto é, mais de uma audiência. Somente se frustrada a composição amigável é que o réu terá o prazo de 15 dias para apresentar contestação (art. 323 e 324). Além disso, a contestação passará a concentrar toda a matéria de defesa, o que representa o fim do sistema atual de incidentes. Assim, na própria contestação, o réu poderá arguir incompetência relativa ou falsidade documental e impugnar o valor da causa ou pedido de justiça gratuita (arts. 65 e 327);

18<sup>a</sup>) a reconvenção é eliminada e se passa a admitir que o réu manifeste pretensão

própria no corpo da contestação, por meio de pedido contraposto (art. 326);

19<sup>a</sup>) tanto a petição inicial quanto a contestação deverão, desde logo, ser instruídas com o rol de até 5 testemunhas. Hoje, são admitidas até 10 testemunhas, o que muitas vezes é utilizado como instrumento para protelação (arts. 296, 325 e 437). Além disso, os advogados das partes passam a ter a obrigação de informar ou intimar por carta com aviso de recebimento as testemunhas de seus respectivos clientes sobre a data da audiência de instrução e julgamento. Assegurou-se, entretanto, que aquelas que forem intimadas pelo advogado e não comparecerem *serão conduzidas coercitivamente pelo juízo* (art. 441). Ainda no ponto, as autoridades que têm prerrogativa de indicar dia e lugar para serem ouvidas como testemunhas passarão a ter o prazo de 30 dias para fazê-lo. Não o fazendo, o juiz fixará o dia. Hoje, enquanto a autoridade não designa o dia, o processo fica paralisado (art. 440).

20<sup>a</sup>) fica instituída a obrigatoriedade de um intervalo mínimo de 20 minutos entre uma e outra audiência de conciliação e 45 minutos entre uma e outra audiência de instrução e julgamento, evitando, com isso, que partes e advogados fiquem aguardando horas a realização de sua audiência que, ante a omissão de regra no sistema atual, muitas vezes são marcadas com o intervalo de 5 em 5 minutos entre uma e outra (arts. 323 e 342). Na audiência de instrução, os advogados das partes farão perguntas diretamente às testemunhas, pondo fim ao sistema atual das *reperguntas*, o que tornará as audiências mais ágeis (art. 445). Além disso, a colheita de depoimento pessoal e a oitiva de testemunhas poderão ser realizadas por meio de videoconferência (arts. 371 e 439), dispensando, portanto, a expedição de cartas precatórias para tal fim;

21<sup>a</sup>) fica definitivamente instituída, para todos os processos e em todos os graus, a figura do *amicus curiae* (amigo da Corte), que funciona como um auxiliar do juízo

para lhe fornecer subsídios para o adequado julgamento da causa (art. 322);

22<sup>a</sup>) a nomeação a autoria prevista no sistema atual é extinta. Em sua substituição, institui-se a possibilidade de emenda da inicial para corrigir o polo passivo quando o réu arguir a sua ilegitimidade passiva e o autor concordar com tal questionamento. Com isso, aproveita-se o processo que, depois da correção, passa a ser dirigido contra a parte correta (art. 328);

23<sup>a</sup>) fica instituída, com maior amplitude e clareza do que no sistema atual (art. 285-A do CPC/73), a possibilidade de o juiz julgar liminarmente improcedente o pedido, independentemente da citação do réu. A rejeição liminar da demanda será cabível quando, sendo a matéria exclusivamente de direito, o pedido: contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; *ou* contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; *ou* contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. A inicial também poderá ser indeferida se o juiz verificar, desde logo, a ocorrência de prescrição ou decadência (art. 307);

24<sup>a</sup>) instituiu-se distribuição dinâmica do ônus da prova. Com isso, se permitirá que o magistrado, diante de cada caso concreto, modifique as regras tradicionais do ônus da prova, atribuindo-o a quem tiver melhores condições de sua produção (art. 358);

25<sup>a</sup>) a ata notarial foi valorizada, com o enaltecimento de sua condição de importante elemento de prova (art. 370) para atestar fatos ou atos úteis ao julgamento da causa;

26<sup>a</sup>) em função da existência de diversos textos legislativos com frases ou palavras de sentido impreciso, vago, ambíguo ou valorativamente aberto, tornou-se necessário detalhar melhor o alcance da motivação das decisões judiciais. Nesse sentido, especificou-se que, na hipótese

de a sentença se fundamentar em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas. Além disso, com o objetivo de impedir que juízes escolham *o que decidem e o que não decidem*, bem assim que demonstrem a efetiva análise de *toda a controvérsia das partes*, positivou-se que não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que: I – se limita a indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo; II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

27<sup>a</sup>) a *remessa necessária* foi substancialmente alterada. Assim, em vez de manter um valor único para o reexame necessário (60 salários no regime atual e 1.000 salários no projeto primitivo), foram criadas faixas diferenciadas, com previsão de reexame nas causas acima de 100 salários mínimos para Municípios (ressalvadas as capitais), 500 salários para Estados e capitais e 1.000 salários para a União. Independentemente do valor, também se extinguiu a *remessa necessária* quando a sentença estiver fundada em: súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; *ou* em acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos; *ou* em entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (art. 483).

No que diz respeito ao Título que trata do “Cumprimento de Sentença”, é de se enaltecer:

28<sup>a</sup>) colocando fim à intensa discussão sobre o termo inicial para o cumprimento de sentença, previu-se que o devedor será intimado para cumprir o julgado: pelo Di-

ário da Justiça, na pessoa do seu advogado constituído nos autos; *ou*, por carta com aviso de recebimento, quando representado pela Defensoria Pública ou não tiver procurador constituído nos autos; *ou*, por edital, quando tiver sido revel na fase de conhecimento. No particular, também se previu expressamente que na segunda hipótese se considera realizada a intimação quando for remetida carta e se constatar que o devedor mudou de endereço sem prévia comunicação ao juízo (art. 500);

29<sup>a</sup>) igualmente solucionando outra divergência existente no sistema atual, previu-se que o cumprimento de sentença não poderá ser promovido em face do fiador, do coobrigado ou do corresponsável que *não tiver participado* da fase de conhecimento (art. 501);

30<sup>a</sup>) o crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, tradutor e leiloeiro, quando fixados por decisão judicial, passam a constituir título judicial (art. 502, V), alterando o sistema atual, onde, equivocadamente, são elencados no rol de títulos extrajudiciais (CPC/73, art. 585, VI);

31<sup>a</sup>) previu-se que a multa de 10% será devida, também, no cumprimento provisório da sentença e que, se o executado comparecer tempestivamente e depositar o valor devido com a finalidade de dela isentar-se, o ato não será havido como incompatível com o recurso por ele interposto na fase de conhecimento. Ressalvou-se, contudo, que o depósito importa renúncia ao direito de impugnar o pedido de cumprimento de sentença e que, de outro lado, o levantamento pelo credor dependerá de caução (art. 506);

32<sup>a</sup>) são criados novos requisitos para o requerimento de cumprimento de sentença, em especial a apresentação de cálculos com menção: I – ao nome completo, o número do cadastro de pessoas físicas ou do cadastro nacional de pessoas jurídicas do exequente e do executado; II – o índice de correção monetária adotado; III – a taxa dos juros de mora aplicada; IV – o termo inicial e o ter-

mo final dos juros e da correção monetária utilizados; V – especificação dos eventuais descontos obrigatórios realizados (art. 510);

33<sup>a</sup>) a impugnação ao cumprimento de sentença deixa de depender da penhora prévia e poderá ser oferecida no prazo de 15 dias a contar da intimação para o cumprimento do julgado (art. 511);

34<sup>a</sup>) o pedido de cumprimento de sentença fundado em obrigação de prestar alimentos foi remodelado. O conteúdo dos ofícios para desconto em folha e o termo inicial a partir de quando o empregador do devedor de alimentos está obrigado a fazê-lo foram detalhados de modo a evitar retardamento no cumprimento da medida (art. 515). Além disso, também se estabeleceu que o procedimento da prisão civil poderá ser utilizado para executar tanto os alimentos definitivos quanto os provisórios, *independente de sua origem* (art. 517);

35<sup>a</sup>) no cumprimento de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa contra a Fazenda Pública, previu-se expressamente a possibilidade de expedição de precatório para parcela incontroversa (art. 520, §3<sup>o</sup>). Além disso, a exemplo do que já ocorre no sistema atual entre particulares (art. 475-L, §2<sup>o</sup> e 739-A, §5<sup>o</sup> do CPC/73), estabeleceu-se que caberá à Fazenda Pública, quando alegar que o exequente pleiteia quantia superior à resultante do título, declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de não conhecimento da arguição (art. 520, §1<sup>o</sup>);

36<sup>a</sup>) colocando fim à lacuna do sistema atual (art. 475-L, §1<sup>o</sup>, e art. 741, parágrafo único, do CPC/73), optou-se por positivar que será inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade *ou*, em controle difuso, *depois que a norma tiver sua execução suspensa pelo Senado Federal*, na forma do art. 52, X, da Constituição Federal (art. 511, §5<sup>o</sup> e 520, §4<sup>o</sup>).

37<sup>a</sup>) em relação à multa nas obrigações de fazer, positivou-se que: (a) a fixada

liminarmente ou na sentença se aplica na execução provisória, devendo ser depositada em juízo, permitido o seu levantamento após o trânsito em julgado ou na pendência de agravo de admissão contra decisão denegatória de seguimento de recurso especial ou extraordinário (art. 522, §1º); (b) o requerimento de sua execução abrange aquelas que se vencerem ao longo do processo, enquanto não cumprida pelo réu a decisão que a cominou (art. 522, §2º); (c) a periódica incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado (art. 522, §4º); (d) o seu valor será devido ao exequente até o montante equivalente ao montante da obrigação, destinando-se o excedente à unidade da Federação onde se situa o juízo no qual tramita o processo ou à União, sendo inscrito como dívida ativa (art. 522, §5º) e que, quando o executado for a Fazenda Pública, a parcela excedente ao valor da obrigação principal será destinada a entidade pública ou privada, com finalidade social (art. 522, §7º).

No que toca ao Título III, que trata “Dos procedimentos Especiais”, é de se destacar o seguinte:

38ª) a completa modificação da ação de dissolução parcial de sociedade, que, por força do art. 1.218, VII, do CPC/73, ainda é regulada pelo CPC/39. O novo regramento, composto de 11 artigos (art. 585 a 595), está afinado com as alterações realizadas no direito das empresas pelo Código Civil de 2002;

39ª) no inventário realizado por escritura pública, assegurou-se que o documento expedido pelo tabelião será hábil para qualquer ato de registro, bem assim para levantamento de importância depositada em instituições financeiras (art. 596);

40ª) o juiz deverá resolver questões de alta indagação no próprio processo de inventário, desde que os fatos a ela relacionados estejam provados *por documentos*. As partes somente poderão ser remetidas para as vias ordinárias quando houver necessidade de produção de *outras provas* (art. 598 e 627, §2º);

41ª) garantiu-se possibilidade de o companheiro em união estável requerer a abertura de inventário (art. 602), bem assim instituiu-se *ordem* de pessoas habilitadas a exercer a função de inventariante (art. 603);

42ª) quando acolhido o incidente de remoção, o ex-inventariante será punido com multa a ser fixada pelo Juiz em montante de até três por cento do valor dos bens inventariados (art. 611);

43ª) no processo de inventário, o Juiz poderá, em decisão fundamentada, deferir antecipadamente a qualquer dos herdeiros o exercício dos direitos de usar e fruir de determinado bem, com a condição de que, ao término do inventário, tal bem integre a quota desse herdeiro (art. 633);

44ª) no processo de inventário, o pagamento de dívidas do inventariado com a Fazenda Pública deixa de ser condição para o encerramento do feito. Basta que sejam reservados bens suficientes para adimplemento do débito (art. 640);

45ª) nos embargos de terceiro, especificou-se que deverá figurar no pólo passivo aquele a quem o ato de constrição aproveitada, bem assim seu adversário no processo principal quando for sua a indicação do bem (art. 663, §4º).

46ª) dando continuidade à reforma iniciada pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010, excluiu-se a possibilidade de cônjuges separarem-se, quer de maneira consensual, quer de maneira litigiosa. Todos terão, desde logo, a via do divórcio (art. 697);

47ª) o divórcio e a extinção de união estável consensuais, não havendo filhos menores ou incapazes e observados os requisitos legais, serão *obrigatoriamente* realizados por escritura pública e não mais pela via judicial (art. 699).

### 2.3. Livro III – Do Processo de Execução

O Livro III, que trata do processo de execução, é composto por 4 Títulos e 151 artigos (entre o artigo 730 e o artigo 881).

Em relação ao Título que trata da “Execução em Geral”, é de se enaltecer o seguinte:



48<sup>a</sup>) as regras de competência para a execução foram detalhadas (art. 740);

49<sup>a</sup>) a parcela de rateio de despesas de condomínio edilício, assim estabelecida em convenção de condôminos ou constante de ata de reunião de condomínio convocada especialmente para tal fim, foi elevada à condição de título executivo extrajudicial (art. 743, IX);

50<sup>a</sup>) consignou-se expressamente que a necessidade de simples operações aritméticas para apurar o crédito exequendo não retira a liquidez da obrigação, constante do título (art. 744, parágrafo único);

51<sup>a</sup>) o sistema de fraude à execução foi remodelado. Pelo art. 749, considera-se fraude à execução a alienação ou a oneração de bens: I – quando sobre eles pender ação fundada em direito real ou obrigação reipersecutória, desde que haja registro público; II – quando sobre eles existir a averbação da existência da ação, na forma do art. 785; III – quando sobre eles existir registro de hipoteca judiciária ou de ato de constrição judicial originário da ação onde foi arguida; IV – quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência (art. 749). Ainda em relação à fraude à execução, positivou-se que, não havendo qualquer dos registros elencados nos incisos do art. 749, o terceiro adquirente tem o ônus da prova de que adotou as cautelas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem (art. 749, parágrafo único);

52<sup>a</sup>) mesmo na execução fundada em título extrajudicial, para desconsideração da personalidade jurídica, estabeleceu-se que será necessário observar o incidente próprio, previsto no art. 77 e seguintes (art. 752, §4<sup>o</sup>);

53<sup>a</sup>) também na execução fundada em título extrajudicial, o exequente tem que instruir a inicial com demonstrativo do débito que deverá conter: I – o nome completo, o número do cadastro de pessoas

físicas ou do cadastro nacional de pessoas jurídicas do exequente e do executado; II – o índice de correção monetária adotado; III – a taxa dos juros de mora aplicada; IV – o termo inicial e o termo final dos juros e da correção monetária utilizados; V – especificação dos eventuais descontos obrigatórios realizados (art. 755);

54<sup>a</sup>) colocando fim à antiga antinomia do termo inicial da prescrição, previu-se que a citação válida também interrompe a prescrição na execução, desde que o exequente demonstre que adotou todas as cautelas para o cumprimento do ato. Expressou-se que a interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação, com revogação do art. 202, I, do Código Civil (arts. 759 e 1.007);

55<sup>a</sup>) consignou-se, de forma expressa, que a nulidade de execução pode ser conhecida de ofício ou a requerimento da parte, independentemente de embargos à execução (art. 760, parágrafo único). É a positivação da *exceção pré-executividade* ou *objeção de executividade* que, no sistema atual, foi construída pela doutrina;

56<sup>a</sup>) previu-se que, ao final da execução, os honorários advocatícios poderão ser elevados de 10% para 20%, a depender do trabalho realizado pelo advogado (art. 784, §2<sup>o</sup>);

57<sup>a</sup>) estabeleceu-se que, se for realizado o arresto (pré-penhora) no processo de execução, depois da citação e do não-pagamento, o ato se converterá automaticamente em penhora, *independentemente de novo termo* (art. 787, §3<sup>o</sup>);

58<sup>a</sup>) a impenhorabilidade de salário foi relativizada. Serão penhoráveis os valores que excederem a cinquenta salários mínimos mensais (art. 790, §2<sup>o</sup>);

59<sup>a</sup>) assentou-se que os bens móveis, quando penhorados, serão preferencialmente depositados em poder do exequente (art. 797, III). A previsão visa a solucionar a questão decorrente da impossibilidade de prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito (Súmula Vinculante 25);

60<sup>a</sup>) tratando-se de penhora de bem indivisível, assegurou-se ao cônjuge a preferência na arrematação em igualdade de condições com terceiros (art. 799, parágrafo único);

61<sup>a</sup>) a exemplo do que já acontece com a penhora (art. 659, §4º, do CPC/73), estabeleceu-se que o registro do *arresto* (pré-penhora) poderá ser realizado na matrícula independentemente de mandado judicial, mediante a simples apresentação do respectivo auto ou termo (art. 800);

62<sup>a</sup>) admitir-se-á a alienação antecipada de automóveis, para evitar perecimento ou depreciação (art. 808, I);

63<sup>a</sup>) em relação à penhora *on-line*: consignou-se que o bloqueio de dinheiro por meio eletrônico será realizado sem dar ciência prévia ao executado (art. 810, *caput*); estabeleceu-se que o juiz tem o prazo de vinte e quatro horas para cancelar os bloqueios múltiplos e que o banco tem que executar a ordem em igual prazo (art. 810, §1º); previu-se que a instituição financeira que retardar o cumprimento da ordem de cancelamento de bloqueios múltiplos ou não cumprir a ordem de desbloqueio de indisponibilidade no prazo de vinte e quatro horas responderá por perdas e danos (art. 810, §8º).

64<sup>a</sup>) regulamentou-se a penhora de quotas ou ações de sócios em sociedade simples ou empresária (art. 817);

65<sup>a</sup>) regulamentou-se a penhora de percentual sobre faturamento de empresa (art. 821);

66<sup>a</sup>) autorizou-se a dispensa da avaliação quando a penhora recair sobre veículos automotores ou outros bens cujo preço médio de mercado *possa ser conhecido por meio de pesquisas realizadas por órgãos oficiais ou de anúncios de venda divulgados em meios de comunicação*, caso em que caberá a quem fizer a nomeação o encargo de comprovar a cotação do mercado (art. 826, IV);

67<sup>a</sup>) previu-se a intimação do executado quando o exequente manifestar pretensão de adjudicar bens penhorados (art. 831,

§1º). No sistema atual, apesar de indispensável, a intimação não está prevista (arts. 685-A e 685-B do CPC/73);

68<sup>a</sup>) consignou-se que, depois de expedido auto de adjudicação ou arrematação, o juiz mandará expedir, na própria execução, se bem imóvel, *mandado de imissão na posse* independentemente de qualquer outra formalidade ou de outra medida judicial; se bem móvel, *ordem de entrega ao adjudicante* (art. 832);

69<sup>a</sup>) previu-se que a alienação judicial será realizada preferencialmente por meio eletrônico, que, ao seu turno, deverá atender aos requisitos de ampla publicidade, autenticidade e segurança (art. 836 e 852);

70<sup>a</sup>) ordinariamente, o edital de praça será publicado *apenas* em sítio eletrônico. Excepcionalmente, a critério do juízo, o edital será publicado em jornal de ampla circulação (art. 838, §§3º e 4º). Desaparece, portanto, a incondicional *obrigação* de múltiplas publicações (art. 687 do CPC/73);

71<sup>a</sup>) os embargos à arrematação ou à adjudicação são substituídos por simples impugnação nos próprios autos. Tal medida pode ser oferecida em até 10 dias a contar do ato expropriatório, isto é, antes da expedição da carta da arrematação que deve ser confeccionada depois de decorrido tal prazo. Depois de expedida a carta, o ato somente poderá ser desfeito por ação própria (art. 857, §§1º, 2º, 3º e 4º);

72<sup>a</sup>) assegurou-se que o comprador de bem penhorado em processo judicial não responderá por qualquer outro débito que sobre ele exista (art. 863, §1º);

73<sup>a</sup>) positivou-se, expressamente, a possibilidade de execução fundada em título executivo extrajudicial contra a Fazenda Pública (art. 866);

74<sup>a</sup>) criou-se a possibilidade de execução de alimentos pelo procedimento da prisão mesmo que fundada em título executivo extrajudicial (art. 867). A medida foi necessária, em especial, porque o divórcio e a dissolução de união estável (em que podem ser pactuados alimentos) *devem ser*

realizados por escritura pública, em cartório (art. 699);

75<sup>a</sup>) positivou-se a possibilidade de extinção da execução em função do reconhecimento da prescrição intercorrente (art. 880);

76<sup>a</sup>) em substituição ao procedimento da execução contra devedor insolvente, foi introduzido um incidente para que, havendo pluralidade de credores de um devedor comum e insuficiência de patrimônio para adimplemento de todas as dívidas, haja uma execução concursal (art. 865). O procedimento é extremamente simplificado se comparado com a disciplina vigente (art. 745 a 786-A do CPC/73).

#### 2.4. Livro IV – Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais

O Livro IV, que trata dos Processos nos Tribunais e dos meios de Impugnação das Decisões Judiciais, é composto por 2 Títulos e 116 artigos (entre o art. 882 e o art. 998).

No ponto, é de se enaltecer o seguinte:

77<sup>a</sup>) fica positivada a orientação para que os Tribunais velem pela uniformização e estabilidade da jurisprudência, de modo a assegurar o tratamento isonômico para questões iguais (art. 882, *caput*, I, II, III, IV);

78<sup>a</sup>) possibilitou-se a modulação de efeitos como forma de minimizar os resultados nefastos das reviravoltas da jurisprudência. Com base nisso, a exemplo do que já pode ocorrer no Brasil na ação declaratória de inconstitucionalidade (art. 27 da Lei 9.868/1999), na ação de descumprimento de preceito fundamental (art. 11 da Lei 9.882/1999), e na edição de súmulas vinculantes (art. 4<sup>o</sup> da Lei 11.417/2006), será possível estabelecer judicialmente marco temporal a partir de quando a nova orientação passará a valer, em prestígio do interesse social, da segurança jurídica e da estabilidade das relações jurídicas (art. 882, V);

79<sup>a</sup>) a possibilidade de os relatores decidirem recursos monocraticamente ficou restrita a hipóteses objetivas. Pelo projeto, a

atuação unipessoal somente poderá ocorrer quando a decisão se apoiar em súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; *ou* em acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos; *ou*, ainda, em entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas *ou*, por fim, em incidente de assunção de competência. Também foram separadas as hipóteses de atuação unipessoal no *juízo de admissibilidade* (negar seguimento) das hipóteses de atuação no *juízo de mérito* (dar ou negar provimento), o que não ocorre no sistema atual (art. 557 do CPC/73) (art. 888);

80<sup>a</sup>) fica definida a ordem de julgamentos de recursos durante cada sessão. Ressalvadas as preferências legais, os recursos serão julgados na seguinte ordem: em primeiro lugar, os processos nos quais for realizada sustentação oral, observada a precedência de seu pedido; depois aqueles cujo julgamento tenha iniciado na sessão anterior; a seguir, os pedidos de preferência apresentados até o início da sessão de julgamento; e, por último, os demais casos (art. 891);

81<sup>a</sup>) positivou-se a possibilidade de sustentação oral nas seguintes hipóteses: no recurso de apelação; no recurso especial; no recurso extraordinário; no agravo interno originário de recurso de apelação ou recurso especial ou recurso extraordinário; no agravo de instrumento interposto de decisões interlocutórias que versem sobre tutelas de urgência ou da evidência; nos embargos de divergência; no recurso ordinário; e na ação rescisória (art. 892);

82<sup>a</sup>) estabeleceu-se que, havendo recursos de vários litisconsortes versando a mesma questão de direito, a primeira decisão favorável proferida prejudica os demais recursos (art. 898);

83<sup>a</sup>) positivou-se que o resultado do incidente de assunção de competência vinculará todos os órgãos fracionários, salvo

revisão de tese, na forma do regimento interno do tribunal (art. 900);

84<sup>a</sup>) estabeleceu-se que a ação rescisória poderá ser proposta com base em *prova nova* e não, apenas, em *documento novo*, como estabelece o art. 485, VI, do CPC/73 (art. 919, VII). Isso representa alargamento da hipótese de cabimento, na linha já sustentada por significativa parcela da doutrina no sistema atual;

85<sup>a</sup>) criou-se o incidente de resolução de demandas repetitivas. Este incidente terá cabimento sempre que for identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito. Tem legitimidade para suscitá-lo: a) o juiz ou relator; b) as partes; c) o Ministério Público; d) a Defensoria Pública. Podem dele participar, apresentando subsídios para o julgamento, qualquer das partes e/ou interessados, o chamado *amicus curiae*. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e *que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal*. Se houver recurso e a matéria for apreciada, em seu mérito, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal ou pela corte especial do Superior Tribunal de Justiça, a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem *em todo o território nacional*. Com isso, questões de massa receberão tratamento igualitário em idêntico tempo (art. 930 a 941);

86<sup>a</sup>) a figura da reclamação passa a ser prevista no corpo do Código e suas hipóteses de cabimento são alargadas. Ela terá lugar para: preservar a competência do Tribunal; garantir a autoridade das decisões do Tribunal; garantir a observância de súmula vinculante; garantir a observância da tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas; garantir a observância da tese firmada em incidente de assunção de competência (art. 942 a 947);

87<sup>a</sup>) os prazos para os recursos são unificados. Com exceção dos embargos de

declaração, cujo prazo se mantém em 5 dias, todos os demais poderão ser interpostos em 15 dias (art. 948, §1<sup>o</sup>);

88<sup>a</sup>) todos os recursos, inclusive a apelação, não terão efeito suspensivo *ope legis*. Somente por obra do relator e desde que demonstrada a *probabilidade de provimento do recurso*, ou, sendo *relevante a fundamentação*, houver *risco de dano grave ou difícil reparação*, é que se poderá suspender a eficácia da decisão, da sentença ou do acórdão. O pedido de efeito suspensivo será dirigido ao tribunal competente para julgar o recurso, em petição autônoma, que terá prioridade na distribuição e tornará prevento o relator. Estabelece-se, contudo, que, quando se tratar de pedido de efeito suspensivo a recurso de apelação, o protocolo da petição impede a eficácia da sentença até que seja apreciado pelo relator (art. 949);

89<sup>a</sup>) ocorreu a transferência do juízo de admissibilidade do recurso de apelação para o Tribunal (art. 966). Hoje ele é feito, num primeiro momento, em primeiro grau e, depois, novamente, pelo Tribunal (art. 518 do CPC/73). É o fim do juízo de admissibilidade bipartido da apelação e, conseqüentemente, de mais um foco de recorribilidade;

90<sup>a</sup>) estabeleceu-se que, mesmo quando houver desistência do recurso extraordinário cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida ou de recursos repetitivos afetados, a questão ou as questões jurídicas objeto do recurso de que se desistiu, *mesmo assim* serão decididas pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal (art. 952, parágrafo único);

91<sup>a</sup>) são criados instrumentos para combater a *jurisprudência defensiva*. Nessa linha, passa-se: (a) a admitir a regularização da representação processual junto aos Tribunais Superiores em contraposição ao disposto na Súmula 115 do STJ (art. 76); (b) a prever que o equívoco no preenchimento da guia de custas não resultará na aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhi-

mento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de cinco dias ou solicitar informações ao órgão arrecadador. Isso põe fim ao entendimento que se formou em relação à forma de recolhimento do preparo (ser ou não possível o pagamento pela *internet*) e ao preenchimento da guia (estar preenchida à mão ou no computador; conter ou não conter o número do processo, etc.) (art. 961, §2º); (c) a prever que, se, ao julgar os embargos de declaração, o juiz, relator ou órgão colegiado não alterar a conclusão do julgamento anterior, o recurso principal interposto pela outra parte antes da publicação do resultado será processado e julgado independente de ratificação (art. 980, §3º); (d) a admitir que a falta de peça obrigatória no agravo de instrumento não implicará a inadmissibilidade do recurso se o recorrente, intimado, vier a supri-la no prazo de cinco dias (art. 970, §3º). Além disso, há um dispositivo que, de maneira geral, permite que vícios formais sejam desconsiderados, pois o que importa é que o *mérito* dos recursos seja efetivamente apreciado. Nesse sentido, o art. 983, §2º, prescreve que, quando o recurso tempestivo contiver defeito formal que não se repute grave, o Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal poderão desconsiderar o vício, ou mandar saná-lo, julgando o mérito;

92ª) o sistema da preclusão temporal para decisões interlocutórias foi mitigado (art. 494), o que acabou por permitir o fim do agravo retido. Caberá ao prejudicado por uma decisão interlocutória: (a) impugná-la, desde logo, quando couber agravo de instrumento; (b) impugná-la no recurso de apelação ou nas contrarrazões quando nas hipóteses em que não se prever, desde logo, o cabimento do agravo de instrumento (art. 963, parágrafo único);

93ª) as situações de cabimento do agravo de instrumento ficam restritas para a reforma de decisões que versarem sobre o mérito da causa; rejeição da alegação de convenção de arbitragem; o incidente de resolução de

desconsideração da personalidade jurídica; a gratuidade de justiça; a exibição ou posse de documento ou coisa; exclusão de litisconsorte por ilegitimidade; a limitação de litisconsórcio; a admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; e outros casos expressamente referidos em lei. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença, cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário (art. 969);

94ª) as hipóteses em que o tribunal poderá enfrentar o mérito do recurso diretamente, previstas no art. 515, §3º, do CPC/73, foram alargadas. Pela versão aprovada no Senado Federal, se a causa versar sobre questão exclusivamente de direito ou estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo a lide quando: reformar sentença que não resolver o mérito da causa (art. 472); declarar a nulidade de sentença por não observância dos limites do pedido; declarar a nulidade de sentença por falta de fundamentação; e, reformar sentença que reconhecer a decadência ou a prescrição (art. 965);

95ª) colocou-se fim à forma diferenciada<sup>6</sup> de como, na ótica do Supremo Tribunal Federal (Súmulas 282 e 356) e do

<sup>6</sup> "PROCESSO CIVIL. DIREITO À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça fixaram critérios diferentes para a identificação do prequestionamento; para o primeiro, basta a oposição de embargos de declaração para caracterizar o prequestionamento em relação ao recurso extraordinário (Súmula nº 356); para o segundo, o prequestionamento só é reconhecido se o tribunal *a quo* tiver enfrentado a questão articulada no recurso especial (Súmula nº 211). Não obstante isso, se o tribunal local deixa de enfrentar a questão constitucional suscitada, a parte prejudicada tem direito à prestação jurisdicional completa, e pode pedir a anulação do acórdão proferido nos embargos de declaração com base no art. 535, II, do Código de Processo Civil, nada importando que tivesse condições de interpor recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal; todos os órgãos do Poder Judiciário, e não apenas o Supremo Tribunal Federal, devem exaurir a jurisdição provocada pelas partes." (EREsp 505183/RS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 01/08/2006, DJe 06/03/2008)



Superior Tribunal de Justiça (Súmula 211), o prequestionamento se configura. Nesse sentido, estabeleceu-se que se consideram incluídos no acórdão os elementos que o embargante pleiteou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração não sejam admitidos, caso o tribunal superior considere existentes omissão, contradição ou obscuridade (art. 979);

96<sup>a</sup>) foi instituída a fungibilidade entre o recurso especial e o recurso extraordinário. Na hipótese de um tema ser previsto na Constituição da República e, ao mesmo tempo, em norma infraconstitucional (a denominada ofensa indireta ou reflexa), fica assegurado o seu efetivo enfrentamento do mérito por um dos Tribunais superiores, quer quando a parte se valha do recurso especial, quer quando interponha recurso extraordinário (art. 986 e 987);

97<sup>a</sup>) positiva-se a possibilidade de suspensão de *todos* os processos que versem sobre tema que seja objeto de recurso excepcional afetado (art. 991, §§ 3<sup>o</sup> e 4<sup>o</sup>) e não apenas dos *recursos especiais ou extraordinários*, como ocorre no sistema atual (art. 543-B, §1<sup>o</sup>, e 543-C, §1<sup>o</sup>, do CPC/73);

98<sup>a</sup>) o antigo agravo de instrumento contra a decisão de inadmissão dos recursos excepcionais, recentemente alterado para *agravo nos autos* pela Lei nº 12.322, de 2010, recebe nova denominação: *agravo de admissão* (art. 996). O novo nome objetiva deixar claro qual o real *objetivo* do recurso, bem assim diferenciá-lo das demais formas de impugnação;

99<sup>a</sup>) as hipóteses de cabimento dos embargos de divergência em recurso especial são delineadas mais apropriadamente. Pelo projeto, é embargável a decisão de turma que em recurso especial: divergir do julgamento de outra turma, da seção ou

do órgão especial, sendo as decisões, embargada e paradigma, de mérito; divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial, sendo as decisões, embargada e paradigma, relativas ao juízo de admissibilidade; divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial, sendo uma decisão de mérito e outra que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia. Os embargos de divergência também são cabíveis, nas causas de competência originária, quando a turma divergir do julgamento de outra turma, seção ou do órgão especial;

100<sup>a</sup>) os embargos infringentes são eliminados do sistema.

### 2.5. Livro V – Das Disposições Finais e Transitórias

O Livro V, que trata Das Disposições Finais e Transitórias, é composto por 8 artigos (entre o art. 999 e o art. 1007). No particular, o principal ponto diz respeito à *vacatio legis* de 1 ano (art. 999).

### 3. Conclusão

Os pontos destacados parecem realmente demonstrar que, sem deixar de lado tudo que está funcionando bem no sistema atual, o projeto avança significativamente para atingir seus objetivos principais.

O texto, na forma aprovada no Senado Federal, estimula a conciliação; reduz formalidades; simplifica e aperfeiçoa o procedimento em primeiro grau e o sistema recursal; cria instrumentos que garantem descarga para o Poder Judiciário; possibilita mais segurança jurídica, previsibilidade e celeridade para os jurisdicionados; e, o que é principal, institui meios para tratamento igualitário para questões iguais.



## Orientações Editoriais

A Revista de Informação Legislativa divulga trabalhos elaborados pela Subsecretaria de Edições Técnicas e artigos de colaboração. Os trabalhos devem reportar-se a assuntos da área do direito e áreas afins – de interesse dos temas em debate no Congresso Nacional – e de cunho histórico que se relacionem com o Poder Legislativo. Somente serão publicadas colaborações inéditas, que serão selecionadas por conselho.

As colaborações deverão ser encaminhadas ao Editor por *e-mail* (livros@senado.gov.br) com indicação do endereço do autor para eventual envio de exemplar impresso. Da mensagem eletrônica deverá constar autorização para publicação sem ônus na Revista e posterior visualização na Internet, bem como declaração de ineditismo do artigo. Referida mensagem deverá ainda ser seguida de assinatura digital. Não havendo esse recurso, pedimos o encaminhamento em separado por fax ou pelos Correios da carta de autorização/declaração de ineditismo devidamente assinada.

O texto do artigo a ser publicado deve ser formatado preferencialmente para papel A4, em corpo 12 e espaçamento entre linhas de 1,5 e gravado no formato *Word for Windows*. Dos artigos deverão constar resumo curricular e local de trabalho do colaborador. Após o título e nome do autor, deve ser apresentado um sumário da matéria. Os desenhos, gráficos, ilustrações e tabelas – se estritamente indispensáveis à clareza do texto – deverão ser encaminhados em arquivos separados (um para cada desenho, gráfico ou tabela), com indicação do ponto em que devem ser inseridos no texto.

Ressaltamos que o artigo enviado para publicação ficará disponível para avaliação durante seis meses. Findo esse prazo e ainda havendo interesse das Edições Técnicas em publicá-lo, entraremos em contato para confirmar o ineditismo e a atualidade do conteúdo. Não havendo mais interesse do Editor, o artigo será desconsiderado sem comunicação prévia.

Com o objetivo de melhorar a legibilidade dos artigos e dinamizar o processo de pesquisa dos seus leitores, recomenda-se a adoção de alguns procedimentos básicos no que diz respeito às citações e referências bibliográficas:

- a) Não devem ser incluídas as referências bibliográficas completas em rodapé, exceto em casos de citação de citação, em que somente o autor citado figura em nota de rodapé e o autor que o citou, em lista de referências;
- b) a referência completa deverá constar em lista, no final do artigo, organizada em ordem alfabética e alinhada à esquerda;
- c) as notas de rodapé explicativas ou informativas são chamadas no texto por números altos ou alceados, podendo inclusive ser feita citação bibliográfica relativa ao seu conteúdo;
- d) a fonte da qual foi extraída a citação deverá constar no próprio corpo do texto conforme os exemplos que se seguem:

### *Exemplos de citação direta:*

Segundo Falcão (1984, p. 59), “não basta a existência de demanda estudantil para que as faculdades continuem a produzir bacharéis”.

“Não basta a existência de demanda estudantil para que as faculdades continuem a produzir bacharéis” (FALCÃO, 1984, p. 59).

Observação: A citação direta incluída em texto e/ou em nota de rodapé aparece entre aspas.

### *Exemplos de citação indireta:*

Para que a produção de bacharéis continue, vários fatores devem ser observados

além da demanda estudantil (Cf. FALCÃO, 1984, p. 59).

Para que a produção de bacharéis continue, vários fatores devem ser observados além da demanda estudantil (FALCÃO, 1984, p. 59).

Observação: A falta de aspas e/ou o termo Cf. (confira, compare) evidenciam que não se trata de uma transcrição e sim da utilização da fonte citada a fim de respaldar a idéia do autor do artigo.

Monografias (livros, folhetos, teses, enciclopédias, etc.) deverão conter: sobrenome do autor, prenome(s), título da obra, subtítulo (se houver), local de publicação, editor(a), data de publicação.

*Exemplo de monografia no todo:*

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

*Exemplo de parte de monografia:*

ROMANO, G. Imagens da juventude na era moderna. In: LEVI, G.; SCHMIT, J. (Org.). *História dos jovens: a época contemporânea*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 7-16.

Para artigos de periódicos, as informações essenciais são: sobrenome do autor, prenome(s), título do artigo, subtítulo (se houver), título da revista, local de publicação, indicação de volume, ano, número, página inicial e final, período e data de publicação.

*Exemplo de artigos de periódicos:*

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Lopes da Costa e o processo civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 148, p. 97-111, out./dez. 2000.

Para artigos de jornais: sobrenome do autor, prenome(s), título do artigo, subtítulo (se houver), título do jornal, local de publicação, data de publicação, seção ou caderno do jornal e paginação.

*Exemplo de artigos de jornais:*

MOURA, Ana Lúcia; FEITOZA, Valéria. Escola pública: a tristeza de quem fica. *Correio Braziliense*, Brasília, 6 mar. 2001. Tema do Dia, p. 6-7.

Para referências em meio eletrônico: sobrenome do autor ou entidade, prenome(s), título, subtítulo (se houver), também são essenciais as informações sobre o endereço eletrônico, apresentado entre os sinais <>, precedido da expressão "Disponível em:" e data de acesso ao documento precedido da expressão "Acesso em:".

*Exemplo de referências em meio eletrônico:*

CORREIO Braziliense. Disponível em: <<http://www.correioweb.com.br>>. Acesso em: 5 jul. 2003.

A cada artigo publicado serão fornecidas 50 separatas e uma assinatura anual da Revista. Artigos não publicados não serão devolvidos, salvo expressa solicitação.