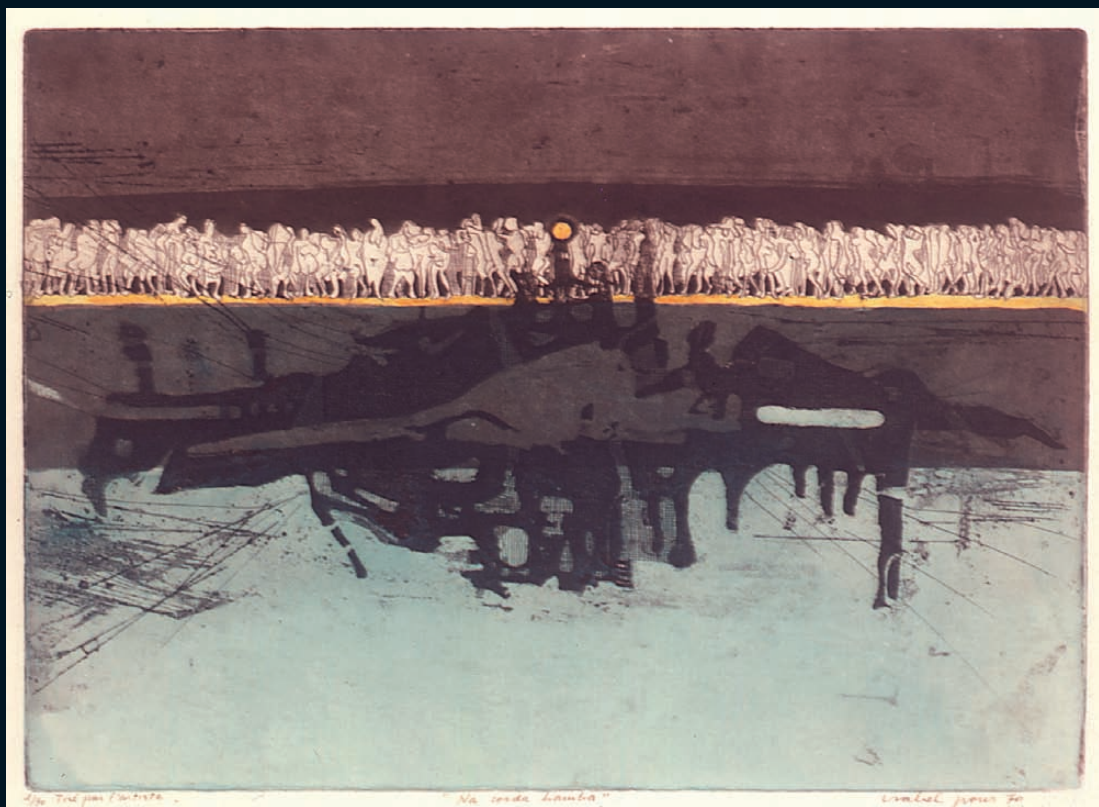


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas
Brasília – Abril-Junho/2011 – Ano 48 – Nº 190 – Tomo 2



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

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 48 • n. 190 • t. 2
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 Jéssica Fernandes Costa

REVISÃO DE PROVAS: Nathália Benthner Narciso, Maria José de Lima Franco e Yara Ribeiro da Silva

EDITORÇÃO 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;

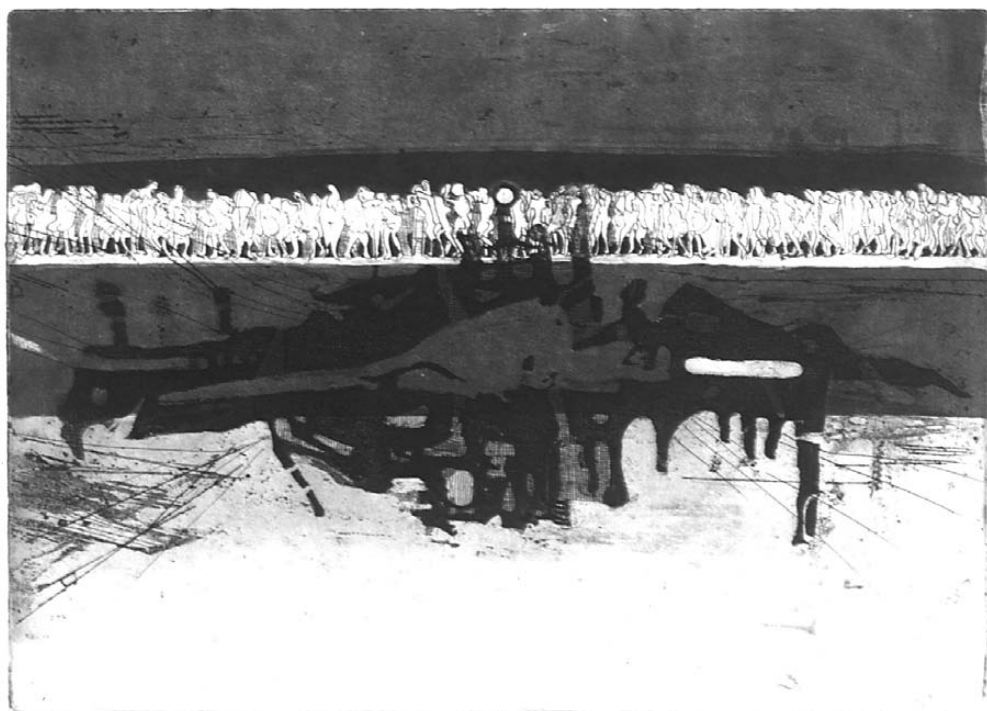
Edição especial com dois tomos, 190 (abr./jun. 2011).

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. 2 · abril/junho · 2011

Luiz Edson Fachin e Marcos Alberto Rocha Gonçalves	Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação 7
Luiz Guilherme Marinoni	Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores 15
Luiz Dellore	Da ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil: <i>quieta non movere</i> 35
Marcus Vinicius Furtado Coêlho	O contraditório cooperativo no novo Código de Processo Civil 45
Margarita de Hegedus	El rol del juez en el anteproyecto del nuevo Código de Proceso Civil Brasileiro 49
Mirna Cianci	Ensaio sobre o duplo grau de jurisdição obrigatório. O necessário (e adequado) reexame 59
Nicola Picardi e Dierle Nunes	O Código de Processo Civil Brasileiro. Origem, formação e projeto de reforma 93
Ophir Cavalcante Junior	O advogado e o novo Código de Processo Civil 123
Osmar Mendes Paixão Côrtes	A nova recorribilidade extraordinária. Considerações sobre o prequestionamento e o cabimento dos recursos extraordinário e especial no novo CPC 129
Paula Costa e Silva	Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de JANUS 137
Flávio Jaime de Moraes Jardim e Paulo Frederico Rodrigues Paiva	Notas acerca de um processo civil pragmático 151
Paulo Roberto de Gouvêa Medina	Os valores celeridade processual e segurança jurídica no projeto de novo Código de Processo Civil 169
Ricardo de Barros Leonel	Tutela jurisdicional diferenciada no Projeto de Novo Código de Processo Civil 179
Rita Quartieri, Liliane Ito Ishikawa e Mirna Cianci	As prerrogativas processuais da Fazenda Pública no Projeto do Código de Processo Civil (PLS n. 166, de 2010) 191

Roberto Omar Berizonce	El nuevo CPC brasileño. Hacia la efectivización de los derechos y garantías fundamentales 203
Roberto Rosas	Segurança jurídica. Efetividade. Jurisprudência 215
Rodrigo Barioni	Alguns apontamentos sobre a ação rescisória no projeto do novo Código de Processo Civil 221
Ronaldo Cramer	Um só processo para resolver toda a lide 237
Sidnei Beneti	A reforma do Código de Processo Civil e os recursos para os tribunais superiores 243
Teresa Arruda Alvim Wambier	Recursos e rendimento do processo. Problemas de hoje e soluções para o amanhã 251
Thiago Luís Sombra	A constitucionalidade da arbitragem e sua disciplina no Anteprojeto de CPC 263
Tiago Asfor Rocha Lima	Primeiras impressões sobre os precedentes judiciais no Projeto de Novo Código de Processo Civil 279
Ulisses Schwarz Viana	Inovações no processo civil brasileiro. Objetivação, racionalização e redução dos custos de acesso à jurisdição civil 293
Zulmar Duarte de Oliveira Junior	Preclusão elástica no Novo CPC 307

Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação

Luiz Edson Fachin e Marcos Alberto Rocha Gonçalves

Sumário

1. Introdução. 2. Interlocação dialógica da Constituição Federal, do Código Civil e do Projeto de Novo Código de Processo Civil. 3. A leitura da autonomia da vontade por meio das lentes constitucionais. 4. Da mudança do papel do Estado na resolução de conflitos: a relevância da conciliação e da mediação na contemporaneidade. 5. Conclusão.

1. Introdução

O intento codificador abre as portas para investigar possibilidades hermenêuticas de estatutos de base da instância jurídica, historicamente contextualizada.

A primeira década do século XXI tem vivenciado mudanças profundas no Direito, cujo fundamento se encontra, em grande medida, na evolução do pensamento estampada na promulgação da Constituição Federal de 1988.

Sobre o tema prelecionava Carmem Lucia Silveira Ramos (RAMOS, 2000, p. 15):

“Neste contexto, a Constituição Federal Brasileira de 1988 foi levada a refletir, em várias de suas normas, um perfil solidarista e intervencionista, atendendo, ao menos formalmente – tendo em vista que estas garantias, como regra, não se tornaram efetivas no cotidiano do cidadão e na operacionalização do direito –, a pressões sociais na busca de mecanismos ca-

Luiz Edson Fachin é Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Advogado.

Marcos Alberto Rocha Gonçalves é Advogado; graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná; mestrando em direito pela Pontifícia Universidade Católica da São Paulo (PUC-SP); professor de direito processual civil da Faculdade Dom Bosco, Curitiba – PR.

pazes de suprir as necessidades dos cidadãos, em especial os excluídos.”

No âmbito do Direito Privado, mais especialmente na seara do Direito Civil, a matriz constitucional inaugurada em 1988, construída com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, propiciou a resignificação dos conceitos tendo como norte o substrato constitucional.

Marca indissociável do novo paradigma constitucional é a repersonalização do Direito, uma clara ruptura com o fetichismo das titularidades absolutas. A tutela dos direitos fundamentais, próprios do *ser* e não do *ter*, tornou-se, ao menos no plano do *dever ser*, o paradigma da ordem constitucional.

Essa reordenação não se verificou apenas no plano do Direito Civil. Ao revés, a atomização dos âmbitos de atuação do Direito foi substituída pela sistematização tendo como fundamento de validade o atendimento da ordem constitucional.

Assim é que se relativiza, ao menos no plano ideal, a abstração científica e estéril entre o Direito Civil (Direito Material, portanto) e o Direito Processual. Seguem, por evidente, como disciplinas autônomas e ramos próprios do estudo, porém não podem existir, por si e para si, desconectadas da função que exercem, como integrantes da ordem jurídica, em relação à sociedade a que se destina.

Nesta singra, a edição de um projeto de novo Código de Processo Civil não poderia, como de fato não o fez, dissociar-se da missão constitucional. O Direito Processual, imprescindível para a concretização dos princípios constitucionais, não se afirma de costas à evolução vivenciada no âmbito do Direito Civil, mas sim acompanha e compartilha a função de garantir uma sociedade justa e solidária¹.

¹ É o que se verifica no primeiro parágrafo da “Exposição de Motivos” do projeto de Novo Código de Processo Civil: “Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a

Neste sentido, o presente artigo deliberadamente parte, como corte metodológico necessário, do art. 134, §1º, do Projeto de Novo Código de Processo Civil para analisar, entre os possíveis aspectos de conexão entre a norma constitucional, o Código Civil e o Código de Processo Civil, a fixação da autonomia da vontade como princípio informador da conciliação.

Como bem expôs Eric Hobsbawn (HOBSBAWN, 1998), ainda que em outro campo do saber, acerca das dificuldades de contar a *história do tempo presente*, este escrito presta-se, antes de apontar certezas e prever as consequências reservadas ao futuro, a apontar as inquietações que o *tempo presente* não nos permite desde já responder, mas que pode contribuir com a melhor compreensão do direito e da sociedade na qual vivemos.

2. Interlocução dialógica da Constituição Federal, do Código Civil e do Projeto de Novo Código de Processo Civil

A ordem jurídica brasileira é, como se sabe, estruturada a partir da carga principiológica e axiológica que emerge da Constituição Federal. Mais do que uma carta de princípios abstratos e estéreis, o texto constitucional é dotado de densidade que impõe a aplicação direta dos princípios e normas nele contido.

Neste sistema, prestam-se as normas infraconstitucionais a cumprir a função designada pela ordem constitucional, vale dizer, estão os âmbitos de atuação do direito direta e estritamente vinculados aos mandamentos constitucionais.

Trata-se de decorrência do advento do Estado Social, que traz consigo o repensar do Direito, seja ele material ou instrumental. Tem-se, por um lado, no âmbito do Direito Civil, o rompimento com o modelo

realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.”

liberal patrimonialista, em favor do interesse social e coletivo e da sobrevalência da dignidade da pessoa humana.

No ramo Processual, por outro lado, vivencia-se o afastamento do abstracionismo próprio das ciências cartesianas em favor do alinhamento ao caráter funcional destinado às ciências que estudam o Direito como conhecimento humano e social.

Rompendo com o caráter de mero catálogo autônomo e isolado de regras procedimentais, o Direito Processual passa a integrar o conjunto de ferramentas para o cumprimento da função social do Direito.

Assim como o Direito Civil constitucionalizado, o Direito Processual volta-se à realização dos direitos fundamentais, sendo para isso informado e alimentado em sua concretização pelo mesmo paradigma que atua no ramo material do Direito Privado.

A compreensão de que tanto o Direito Civil como o Direito Processual Civil estão vinculados e submetidos plenamente à norma constitucional pode ser observada pela rápida análise, a título exemplificativo, de um dos princípios comuns expressamente dispostos nas codificações Civil e Processual: trata-se do princípio da boa-fé objetiva.

Instrumento presente expressamente no Código Civil (destacando-se, especialmente, no art. 113), a boa-fé objetiva fixa um padrão de conduta destinada a todas as relações intersubjetivas relevantes ao direito.

Tem-se na boa-fé objetiva uma verdadeira norma geral de direito, conectada ao princípio constitucional da solidariedade e postulado da proteção à dignidade da pessoa humana.

O agir com boa-fé, a partir da interpretação constitucional do Código Civil, passou a ser não mais apenas o aspecto subjetivo, exclusivo do sujeito, mas a imposição de um *standard* de comportamento que se espelha no *outro* presente na relação jurídica, o critério de confiança e lealdade, solidarizando-se, assim, as relações.

O agir segundo a boa-fé objetiva é, nesta singra, forma imperativa de atuação

jurídica, representando o agir de modo contrário o descumprimento da matriz constitucional.

No plano do Direito Processual Civil, não há como dar interpretação diversa ao mesmo princípio. Positivada no art. 14, inciso II, do ainda vigente Código de Processo Civil (Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973) e reproduzida no art. 66, inciso II, do Projeto de Novo Código de Processo Civil, a boa-fé figura como cláusula geral a reger todo o ramo instrumental do Direito.

Trata-se, neste âmbito do ordenamento jurídico, de padrão que regula o acesso à justiça, garantindo que todos os envolvidos na prestação jurisdicional colaborem com a concretização das normas e, por consequência, do ordenamento constitucional.

Destarte, tanto em um quanto em outro aspecto do direito (Direito Civil e Direito Processual), a boa-fé representa a fixação, a partir da norma constitucional, de um fio condutor das relações humanas, mediadas ou não pelo Estado-juiz, para o atingimento concreto de justiça social.

Percebe-se, assim, sem maiores dificuldades, que é da Constituição que emanam os princípios gestores do ordenamento jurídico e que tais princípios atuam transversalmente e de forma colaborativa em todos os ramos do Direito.

Mas não é só a partir da absorção dos princípios constitucionais que o Direito Civil e o Direito Processual Civil se aproximam. Como se buscará demonstrar adiante, muito mais que a “cotitularidade” de princípios e normas gerais, ambos os ramos do Direito apresentam-se sistematicamente conectados e informados pela Constituição Federal, vivificando múltiplas dimensões de uma mesma realidade.

3. A leitura da autonomia da vontade por meio das lentes constitucionais

Conforme já se esboçou acima, o paradigma constitucional conduziu no Direito Civil uma ressignificação estrutural,

ou ao menos uma reordenação de seus pressupostos. O ordenamento jurídico infraconstitucional se fundamenta e se interpreta validamente a partir da norma constitucional, com a função instrumental de concretização dos princípios gestores e direitos fundamentais.

O tratamento do Direito Privado, e em especial do Direito Civil, a partir e à luz da norma constitucional traz consigo, nesta perspectiva, a ressignificação de conceitos antes tidos como imutáveis e absolutos.

Embora o espaço e o propósito do presente artigo não permita a análise aprofundada acerca da estrutura do Direito Civil que foi tocada pela Constituição, é certo que a forma pela qual se coloca no mundo das ideias o *tríplice vértice fundante* das relações privadas (as relações familiares, o trânsito jurídico e a apropriação dos bens) se modifica.

Inserido nesse amplo espaço de análise, parece interessante tratar, vez que relacionado a ponto interessante do projeto de novo código de Processo Civil, do conceito de autonomia da vontade.

Elemento fundamental do Direito Privado, a criação liberal da autonomia privada prestou-se a legitimar uma das bases do pensamento jurídico oitocentista (do qual emanou o Código Civil de 1916, revogado pela lei 10.406 de 2002).

A vontade soberana das partes, no pensamento liberal individualista exacerbado, regia todo o desenvolvimento das relações privadas, levando ao extremo a concepção de liberdade como espaço da ausência plena de intervenção do Estado.

A norma legal e o direito possuíam, neste influxo, caráter estrutural, destinado a garantir que a vontade dos sujeitos fosse materializada em uma relação jurídica tendente à perpetuidade. Tratava-se da centralidade do *pacta sunt servanda*, atomizando as relações intersubjetivas sob a justificativa da igualdade (compreendida em seu aspecto formal).

Referido modelo clássico da autonomia privada, com o advento do Estado Social,

não mais reunia condições de tutelar os interesses elegíveis como nucleares na atuação do direito.

Em nosso ordenamento, a Constituição Federal, ao inaugurar – ao menos formalmente – a concepção solidarista de Direito, revelou a crise da autonomia privada e produziu o fundamento para a superação do modelo clássico individualista.

Em outra oportunidade, escrevemos (FACHIN, 2000, p. 18):

“Passando por sobre o sistema tradicional do individualismo, cuja força ainda gera uma ação de retaguarda para mantê-lo incólume, princípios de justiça distributiva tornaram-se dominantes, a ponto de serem considerados tendências mundiais da percepção da solidariedade social.
(...)

Para definitivamente superar o século XIX, não basta apenas ultrapassar a formulação clássica do contrato como ‘expressão perfeita da vontade’. A crise não é apenas de modelo do pensamento jurídico, e nem é apenas um incidente no legado teórico.”

A liberdade, princípio gestor das relações sociais, não mais pode significar, na ordem constitucional vigente, o espaço da ausência de responsabilidade. Ao revés, o plano da autonomia da vontade, se antes tido como cenário fechado a qualquer interesse coletivo, passa a refletir, em si, a necessária adequação com o solidarismo imposto pela ordem constitucional.²

O direito contemporâneo é, nestes termos, funcionalizado, como o são as relações por ele reguladas. A expressão da vontade individual, assim, não pode servir apenas aos interesses do sujeito desconectado da

² Advertência necessária, neste ponto, emerge das letras de Carlos Eduardo Pianovski: “É possível, assim, afirmar que a autonomia privada não esgota as possibilidades da liberdade no Direito Civil, seja pela insuficiência para dar conta da substancial, seja pela dificuldade de dar conta de relevantes expressões de liberdade positiva” (PIANOVSKI, 2011, p. 129).

sociedade na qual se insere, mas, ao contrário, deve atender e respeitar o programa funcional e principiológico estampado na Constituição Federal.

Enquanto na concepção liberal a atuação da ordem jurídica nas relações subjetivas visava à garantia do interesse individual patrimonializado (representado, em especial, pelo conceito de propriedade privada como direito absoluto), o modelo social de Estado impõe aos negócios jurídicos a observância da proteção e concretização da dignidade da pessoa humana.

É a este respeito categórica a afirmação de José de Oliveira Ascensão (ASCENSÃO, 1994, p. 15): “Em toda a sociedade deve haver uma solidariedade que implique que a atuação de cada um tenha reflexos positivos na ordem global.”

Assim, a autonomia da vontade, à luz dos princípios e garantias constitucionais, somente pode ser lida e reconhecida como elemento formador da justiça distributiva, da sociedade solidarista e da garantia de cooperação entre os sujeitos para a materialização dos fins sociais previstos na Constituição.

É nesta perspectiva que se insere a relação entre autonomia da vontade e meios alternativos para resolução de conflitos, conforme adiante se apresenta.

4. Da mudança do papel do Estado na resolução de conflitos: a relevância da conciliação e da mediação na contemporaneidade

Se por um lado a forma pela qual a compreensão acerca da autonomia da vontade se modificou ao longo da evolução do Direito, atracando, na contemporaneidade, no critério de funcionalização dos negócios jurídicos, também a resolução dos conflitos ganha novas perspectivas e funcionalidades.

Isso porque, na sociedade contemporânea, marcada pela pluralidade e pela diversidade, a imposição de uma decisão,

pelo Estado-juiz, nem sempre representa o fim do conflito.

A aproximação dos sujeitos e a busca comum para a resolução de um litígio representa, dessa maneira, alternativa para a realização efetiva da justiça ao caso concreto.

Vale dizer: as práticas não adversariais de solução de controvérsias representam a transposição da cultura do litígio para a cultura da recomposição dos interesses.

O ideal constitucional de sociedade, fundada na liberdade e na igualdade material, na solidariedade e no acesso de todos aos direitos fundamentais, não se alinha, por sua essência, com a prática conflituosa.

Em uma sociedade complexa, com interesses multifacetados e díspares, a existência de conflitos de interesses é inevitável. A solução destes conflitos, a seu turno, norteada pela aglutinação dos interesses em torno do bem comum e da realização concreta da justiça social, não deve possuir um único meio de realização.

Se, para determinadas hipóteses, a atuação do Estado-juiz faz-se necessária para garantir se não a pacificação, ao menos a salvaguarda de direitos, há hipóteses que o império da jurisdição apenas põe fim à demanda, restando presente insolúvel o conflito de interesses anunciado.

Para tais hipóteses, é preciso que se viabilizem mecanismos sistematicamente ordenados para que a um só tempo pacifique o conflito e concretize a ordem constitucional de forma integrativa.

A proposta apresentada no projeto de novo Código Civil, como se expõe quando trata da mediação e da conciliação, busca atender este desígnio, reconhecendo a tríplice base fundante da resolução dos conflitos: Constituição Federal, Código Civil e Código de Processo Civil.

Para uma sociedade que busca, segundo o critério constitucional, a realização da igualdade material e a justiça distributiva, é coerente a disponibilização, como forma de resolução de conflitos jurídicos, a auto-composição entre as partes.

Neste aspecto, o projeto de novo Código de Processo Civil inova ao apresentar, em seu art. 134, §1º, a seguinte regra:

“Art. 134. Cada tribunal pode propor que se crie, por lei de organização judiciária, um setor de conciliação e mediação.

§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.”

Distintamente da arbitragem, a conciliação e a mediação sempre foram tratadas como mecanismos subalternos, resignados a hipóteses de menor importância jurídica e social. Sua função mostrou-se, contudo e especialmente ao longo da última década, fundamental para garantir o acesso à justiça e, principalmente, a resolução efetiva dos conflitos.

Tem-se na conciliação e na mediação, como já se afirmou, a participação ativa e determinante dos sujeitos envolvidos no litígio. O processo decisório, nestas hipóteses, tem como base a construção dialógica do consenso, trazendo a lume a concretização dos interesses compostos.

Não se trata, pois, de certo e errado, pretensão provida ou improvida. Trata-se, isto sim, de suprimento, pelo Estado, de mecanismos úteis para que a vontade constitucionalmente fundamentada dos envolvidos em um litígio subsista de maneira composta.

Neste aspecto, resta evidente a preocupação e o acerto do projeto de novo Código de Processo Civil em definir como um dos critérios fundantes da conciliação e da mediação a autonomia da vontade, a ser apreendida na seara dos direitos patrimoniais disponíveis.

No sentido daquilo que antes se expôs, trata-se de introduzir no mecanismo processual categoria própria do Direito Civil, resignificada contemporaneamente a partir da irradiação constitucional.

O Direito Processual Civil admite, pois, a evolução havida no Direito Material e usufrui desta construção evolutiva para fundamentar sua própria estruturação.

O princípio da realização efetiva e célere da justiça, fio condutor do projeto de novo Código de Processo Civil, torna imprescindível que os elementos edificantes do Direito Material, especialmente aqueles que pertinentes à realização do mandamento constitucional sejam conjugados, trazidos a figurar no âmbito processual com toda a carga axiológica já produzida pelo estudo do Direito Material.

No campo da conciliação e da mediação, a introdução da autonomia da vontade como fundamento remete, necessariamente, a toda a teoria crítica do Direito Civil, contextualizada com a realidade contemporânea das necessidades e pretensões sociais quanto aos critérios de justiça.

A inovação do projeto de novo Código de Processo Civil é, assim, atenta à evolução das categorias jurídicas e compõe o mosaico que, na diversidade, forma uma unidade hermenêutica.

5. Conclusão

O Direito contemporâneo não assiste passivo à passagem do tempo. As mudanças sociais vivenciadas na segunda metade do século XX, em especial a ascensão do Estado Social, levaram a uma nova compreensão da função do sistema jurídico.

No Brasil, a arquitetura constitucional vigente a partir de 1988 alinhou o ordenamento político, econômico e jurídico à proteção dos direitos fundamentais, pretendendo assim garantir uma sociedade na qual o *ter* não possa suplantar o *ser*.

À ciência que estuda o Direito, nesta perspectiva, importa não a criação abstrata do pensamento técnico e, sim, a estruturação da função das categorias jurídicas na tutela da dignidade da pessoa humana e dos demais princípios dela decorrentes.

Pensar o Direito Material não é mais pensar a norma em abstrato, o Direito estampado em uma lei qualquer perdida no tempo e desconectada da realidade.

Tratar do Direito Processual não pode mais ser visto como elaborar mecanismos coerentes com o ambiente interno do Processo e avesso às necessárias conexões com a ordem constitucional e o Direito Material.

O projeto de novo Código de Processo Civil, se incapaz de esgotar a construção crítica do pensamento criador do Direito (vez que não é nem deve ser esse o papel de uma codificação, seja em qual ramo do direito for), atento às demandas sociais contemporâneas, não se furta à contribuição exigida do direito processual à tutela dos direitos e garantias fundamentais.

Nesta seara, evidencia-se do Código projetado a abertura necessária às construções teóricas dos demais sistemas normativos, em especial do Código Civil, para a concretização do fundamento de validade imposto a partir da Constituição.

Exemplo dessa trama entre Direito Processual e Direito Material, iluminados pela norma constitucional, pode ser observado com a introdução, no projeto de Código de Processo Civil, da conciliação e da mediação extrajudiciais informadas por categorias construídas e desenvolvidas no âmbito de atuação do Código Civil.

Sendo estes meios de resolução de conflitos inerentes à atuação dos interesses privados, a menção da autonomia da vontade como fundamento da mediação deve ser interpretada a partir de resignificação desta categoria já construída no âmbito do Direito Civil, conectando processo e Direito Material no ambiente constitucional.

A releitura constitucional do autoregulamento do campo jurídico destinado aos interesses interprivados encontra assento nas possibilidades hermenêuticas do projeto do novo Código de Processo Civil. Impende não mitigá-las.

Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução à teoria geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

HOBBSBAWM, Eric. *Sobre História*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar: 2000. p. 29-30.

RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade (s)*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores*

Luiz Guilherme Marinoni

Sumário

1. Introdução. 2. A questão nos Estados Unidos. 3. Diferentes razões para tutelar a segurança jurídica: decisão de inconstitucionalidade e revogação de precedente constitucional. 4. Efeitos *inter partes* e vinculantes da declaração de inconstitucionalidade no controle incidental e da revogação de precedente constitucional. 5. Eficácia prospectiva de decisão revogadora de precedente constitucional e de decisão proferida em controle incidental. 6. O problema dos efeitos prospectivos no Superior Tribunal de Justiça.

1. Introdução

A autoridade dos precedentes dos tribunais superiores é fundamental para a coerência da ordem jurídica, assim como para a tutela da previsibilidade e da confiança nos atos do Poder Judiciário. Tal autoridade, no entanto, não depende apenas do respeito dos órgãos judiciais inferiores. O próprio tribunal responsável pela elaboração do precedente deve observá-lo, sem o que, em verdade, os precedentes não passariam de anúncios passageiros do semblante do Direito.

Quando os precedentes ou a jurisprudência consolidada são levados a sério, a sua estabilidade requer especial cuidado. Isso porque, como chega a ser intuitivo, a revogação de jurisprudência consolidada

Luiz Guilherme Marinoni é Professor Titular de Direito Processual Civil da UFPR. Pós-Doutorado na Università degli Studi di Milano. Visiting Scholar na Columbia University. Advogado em Curitiba e em Brasília.

* Para maior aprofundamento sobre o tema dos precedentes obrigatórios, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

pode causar surpresa injusta a todos aqueles que nela pautaram suas condutas. Daí por que é imprescindível, na lógica jurídica estribada na autoridade e na obrigatoriedade dos precedentes, atentar para os efeitos da decisão revogadora de precedente ou de jurisprudência consolidada.

Nessa dimensão, a eficácia das sentenças exige estudo renovado, desconhecido da tradição do nosso direito processual, na qual não existia lugar para pensar em modulação dos efeitos temporais para preservar a segurança jurídica. O art. 882, V, do Projeto de Código de Processo Civil afirma que, “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”. A norma, que reflete a intenção do projeto em outorgar força obrigatória aos precedentes dos Tribunais Superiores, estimula a reflexão que segue, voltada a elaborar uma teoria da eficácia temporal das decisões revogadoras de precedentes obrigatórios.

2. A questão nos Estados Unidos

A revogação de um precedente (*overruling*) tem, em regra, efeitos retroativos nos Estados Unidos e no *common law*. Como a revogação do precedente significa a admissão de que a tese nele enunciada – vigente até o momento da decisão revogadora – estava equivocada ou se tornou incompatível com os novos valores ou com o próprio direito, aceita-se naturalmente a ideia de que a decisão deve retroagir para apanhar as situações que lhe são anteriores, tenham dado origem, ou não, a litígios – cujos processos devem estar em curso.

As decisões do *common law* são normalmente retroativas, no sentido de que a nova regra, estabelecida para o caso sob julgamento, é aplicável às situações que ocorreram antes da decisão que as fixou,

bem como a todas aquelas que lhes são similares e, assim, estão expostas à mesma *ratio decidendi*.

Porém, a prática judicial americana tem evidenciado, em tempos recentes, hipóteses em que é necessário não permitir a retroatividade da nova regra, firmada na decisão que revogou o precedente (LEDERMAN, 2004, p. 21-). Nestas situações, as Cortes mostram-se particularmente preocupadas em tutelar o princípio da segurança – especialmente na sua feição de garante da previsibilidade – e a confiança depositada pelos jurisdicionados nos atos do Poder Público.¹

Eisenberg enfatiza que “the major justification for *prospective overruling* is the protection of justifiable reliance”.² Há aí, antes de tudo, plena consciência de que a retroatividade de uma decisão que substitui precedente que, por certo período de tempo, pautou e orientou a conduta dos jurisdicionados é tão injusta quanto a perpetuação do precedente judicialmente declarado injusto. Mas, para que a não retroatividade se justifique, exige-se que a credibilidade do precedente não tenha sido abalada, de modo a não tornar previsível a sua revogação. Caso a doutrina e os tribunais já tenham advertido para o equívoco do precedente ou apontado para a sua conveniente ou provável revogação, não há confiança justificável ou confiança capaz de fazer acreditar que os jurisdicionados tenham, legitimamente, traçado os seus comportamentos e atividades de acordo com o precedente. De modo que, para que

¹ Diz Robert Summers que “a aplicação retroativa de uma decisão revogadora de precedente pode contrariar relevante confiança no precedente revogado e tratar partes em posições similares de modo muito diferente” (No original: “Retroactive application of an *overruling* decision may upset substantial reliance on the overruled precedent and will treat parties similarly situated quite differently”) Summers (1997, p. 397-398).

² A maior justificativa para a revogação com efeitos prospectivos é a proteção da confiança justificada (EISENBERG, 1998, p. 131).

o *overruling* não tenha efeitos retroativos, as situações e relações antes estabelecidas devem ter se fundado em uma confiança qualificada, que pode ser dita uma “confiança justificada”.³

Há casos em que o precedente pode deixar de corresponder aos valores que o inspiraram ou se tornar inconsistente e, ainda assim, não se mostrar razoável que a sua revogação atinja situações passadas, em virtude de a confiança justificável, então caracterizada, sobrepor-se à ideia de fazer a revogação valer para trás.

Não obstante, embora com a irretroatividade dos efeitos do *overruling* ou com o *overruling* com efeitos prospectivos se garanta o princípio da segurança e se proteja a confiança nos atos do Poder Público, daí também podem advir custos ou prejuízos. O *prospective overruling* pode gerar resultados ou decisões inconsistentes, especialmente quando se está diante do *overruling* cujos efeitos apenas podem ser produzidos a partir de certa data ou do *overruling* cujos efeitos retroativos incidem apenas sobre determinado caso (SHANNON, 2003).

Note-se que, na primeira hipótese, como o *overruling* tem efeitos somente a partir de certa data, as situações e relações que se formam depois da decisão são tratadas de modo diverso, conforme tenham se estabelecido antes ou depois da data prevista na decisão, ainda que esta tenha declarado a ilegitimidade do precedente. De outro lado, a admissão da retroatividade em relação a apenas um caso ou somente ao caso sob julgamento faz com que todos os outros casos passados sejam tratados à luz do precedente, embora se declare que este não mais tem autoridade. Tais situações permitem o surgimento de resultados inconsistentes.

Esta última situação é exemplificada através do caso *Molitor v. Kaneland Community*. Trata-se de caso em que a Corte de Illi-

nois revogou o precedente da “imunidade municipal”, responsabilizando o município pelos danos sofridos por Thomas Molitor em acidente de ônibus escolar. Nesta hipótese, decidiu-se que a nova regra não seria aplicada a casos anteriores, exceto o de Thomas – o caso sob julgamento. Contudo, mais tarde a Corte percebeu que teria de aplicar a nova regra a outras sete crianças – três delas irmãos de Thomas –, que também estavam no ônibus que se acidentara, em virtude de ter reconhecido que todas as crianças que viajavam no ônibus deveriam ser tratadas de igual forma (EISENBERG, 1998, p. 128-129).

Por sua vez, a primeira hipótese, acima referida, é exemplificada mediante *Spaniel v. Mounds View School District n. 621*, em que a Corte de Minnesota revogou o precedente que conferia imunidade às unidades municipais, como cidades e distritos estudantis, recusando-se a aplicar a nova regra ao caso sob julgamento e declarando que os seus efeitos deveriam ficar contidos até o final da próxima legislatura de Minnesota (EISENBERG, 1998, p. 128).

Quando se posterga a produção de efeitos da nova regra, fala-se em *prospective prospective overruling*. Ademais, como esclarece Eisenberg (1998, p. 127-128), alude-se a *pure prospective overruling* para demonstrar o que ocorre quando a Corte não aceita que a nova regra regule o próprio caso sob julgamento, restando a terminologia *prospective overruling* para anunciar a mera irretroatividade da nova regra às situações anteriores à data da decisão.

Há outras situações intermediárias. Assim, em *Li v. Yellow Cab Co.*, a Suprema Corte da Califórnia revogou o precedente da *contributory negligence* pela regra da *comparative negligence*, deixando claro que a nova regra não seria aplicável aos casos com julgamento em curso. Em *Whitinsville Plaza*, relacionou-se a técnica do *overruling* prospectivo com a técnica da sinalização. Ou seja, decidiu-se que a nova regra teria efeitos retroativos até a data da decisão em

³ V. MARKMAN (2004); NELSON (2001); DELANEY (2003).

que ocorrera a sinalização⁴. Se mediante a técnica da sinalização, conquanto se deixe de revogar o precedente, adverte-se para a sua provável e próxima revogação, pouca diferença existiria em substituir tal técnica pela revogação imediata do precedente com efeitos prospectivos a partir de certa data futura. Portanto, quando se revoga o precedente, e sinalização anterior foi feita, é coerente admitir a retroatividade da nova regra até a data da decisão sinalizadora ou até data em que se supõe que o sinal foi absorvido na comunidade jurídica.

Há um caso, sublinhado por Eisenberg (1998, p. 131), em que o *prospective overruling* possui grande importância para a consistência de resultados. Trata-se da hipótese em que a Corte possui motivos para acreditar que o *overruling* será revertido pelo Legislativo, que dará melhor regulação à situação. Nesta hipótese, além de não se desejar interferência sobre o passado, não se quer que a decisão atinja as situações intermediárias entre o *overruling* e a regra legislativa, preferindo-se que a revogação tenha seus efeitos contidos até a data em que se presume que o Legislativo terá criado a regra. Ao se declarar que a revogação vai produzir efeitos após a possível criação legislativa, os efeitos do *overruling* somente serão produzidos caso o Legislativo não atue. Foi o que aconteceu em *Massachusetts, Whitney v. City of Worcester*, em que a Corte, utilizando a técnica da sinalização como substituto funcional do *prospective overruling*, afirmou a sua intenção de ab-

-rogar o precedente da imunidade municipal no primeiro caso por ela decidido após a conclusão daquela que seria a próxima sessão do Legislativo, caso este não houvesse atuado de modo a revogar o precedente.

Neste caso, é certo, não houve propriamente *overruling* com efeitos prospectivos, mas manutenção do precedente mediante a técnica da sinalização, anunciando-se a intenção de se proceder à revogação em caso de não atuação do Legislativo. Note-se, porém, que existe maior efetividade em revogar desde logo o precedente, contendo-se os seus efeitos, pois nesta hipótese não haverá sequer como temer que o precedente continue a produzir efeitos, diante de uma eventual inação da Corte em imediatamente decidir como prometera ao fazer a sinalização.

De outra parte, o *prospective overruling* pode ainda trazer outros problemas, especialmente em suas feições de *pure prospective overruling* e de *prospective prospective overruling* (TRAYNOR, 1999). Se a nova regra não vale ao caso sob julgamento, a energia despendida pela parte não lhe traz qualquer vantagem concreta, ou melhor, não lhe outorga o benefício almejado por todo litigante que busca a tutela jurisdicional. Isso quer dizer que o uso do *prospective overruling* pode desestimular a propositura de ações judiciais contra determinados precedentes (EISENBERG, 1998, p. 131).

Ademais, o uso indiscriminado do *pure prospective overruling* e do *prospective prospective overruling* elimina a necessidade de os advogados analisarem como os precedentes estão sendo vistos pela doutrina e de que forma os tribunais vêm tratando de pontos correlatos com aqueles definidos na *ratio decidendi* do precedente. Quando se atribui efeito prospectivo à nova regra, impedindo-se a sua incidência em relação ao caso sob julgamento, resta eliminada qualquer possibilidade de a parte ser surpreendida pela decisão judicial, ainda que o precedente já tenha sido desautorizado pela doutrina e por decisões que, embora obviamente não tenham enfrentado de forma

⁴ Em *Whitinsville Plaza, Inc. v. Kotseas*, a Corte afirmou que já havia sinalizado para a revogação do precedente firmado em Norcross no caso *Ouellette*, e, com base nisso, outorgou efeitos retroativos ao *overruling*, declarando que deveriam ser apanhados todos os negócios realizados após *Ouellette*. Assim, o *overruling* ditado em *Whitinsville* retroagiu até a decisão proferida em *Ouellette* porque a Corte entendeu que, a partir desta data, poder-se-ia racionalmente confiar na expectativa de que, na próxima ocasião adequada, a Corte iria revogar as decisões tomadas em *Shade* e em *Norcross*. Verifica-se aí nítida aproximação entre a técnica da sinalização e a do *overruling* com efeitos prospectivos (EISENBERG, 1998, p. 128-).

direta a questão resolvida no precedente, afirmaram soluções com ele inconsistentes. Deste modo, a investigação e análise do advogado não seria sequer necessária, já que ao jurisdicionado bastaria a mera existência do precedente, pouco importando o grau da sua autoridade ou força e, portanto, a possibilidade ou a probabilidade da sua revogação. Assim, o uso inadequado do *prospective overruling*, de um lado, torna desnecessária a análise de se a tutela da segurança jurídica e da confiança fundamentam a não retroatividade dos efeitos do *overruling* e, de outro constitui obstáculo ao desenvolvimento do direito jurisprudencial. Na verdade, desta forma o direito deixaria de ser visto como algo em permanente construção, negando-se o fundamento que deve estar à base de uma teoria dos precedentes.

Deixe-se claro que a doutrina de *common law* entende que a revogação, em regra, deve ter efeitos retroativos. Apenas excepcionalmente, em especial quando há confiança justificada no precedente, admite-se dar efeitos prospectivos ao *overruling*. E isso sem se enfatizar que as Cortes não devem supor razão para a tutela da confiança sem consideração meticulosa, analisando se a questão enfrentada é uma daquelas em que os jurisdicionados costumam se pautar nos precedentes, assim como se os tribunais já sinalizaram para a revogação do precedente ou se a doutrina já demonstrou a sua fragilidade (EISENBERG, 1998, p. 132).

3. Diferentes razões para tutelar a segurança jurídica: decisão de inconstitucionalidade e revogação de precedente constitucional

O artigo 27 da Lei n. 9.868/99 explicita que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, tem poder para limitar os seus efeitos retroativos ou dar-lhe efeitos prospectivos. Diz o artigo 27 que, “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por

maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

O tema da eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade pronunciada na ação direta será melhor aprofundado adiante, quando se tratar desta ação. Mas é importante, neste momento, anunciar esta possibilidade, aludindo-se a ação direta de inconstitucionalidade em que o Supremo Tribunal Federal houve por bem atribuir efeitos prospectivos à sua decisão. Isto para demonstrar que, embora os efeitos retroativos também possam ser limitados no controle difuso, as suas razões não se confundem com as que determinam a limitação da retroatividade ou os efeitos prospectivos no controle concentrado.

Na ação direta de inconstitucionalidade n. 2.240⁵, em que se questionou a inconsti-

⁵ “Ação direta de inconstitucionalidade - Lei 7.619/2000, do Estado da Bahia, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães - Inconstitucionalidade de lei estadual posterior à EC 15/1996 - Ausência de lei complementar federal prevista no texto constitucional - Afronta ao disposto no art. 18, § 4º, da CF - Omissão do Poder Legislativo - Existência de fato - Situação consolidada - Princípio da segurança jurídica - Situação de exceção, estado de exceção - A exceção não se subtrai à norma, mas esta, suspendendo-se, dá lugar à exceção - Apenas assim ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada - embora ainda não jurídica - não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da EC 15, em 12 de setembro de 1996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem

tucionalidade da lei estadual que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães, o Supremo não tinha qualquer dúvida sobre a inconstitucionalidade da lei, mas temia que, ao pronunciá-la, pudesse irremediavelmente atingir todas as situações que se formaram após a edição da lei. Receava-se que a declaração de inconstitucionalidade não pudesse permitir a preservação das situações estabelecidas antes da decisão de inconstitucionalidade. Partindo-se da teoria da nulidade do ato inconstitucional, a preservação do que aconteceu após a edição da lei inconstitucional teria de ter sustentáculo em algo capaz de se contrapor ao princípio de que a lei inconstitucional, por ser nula, não produz quaisquer efeitos.

É curioso que o relator, inicialmente, embora reconhecendo a inconstitucionalidade, julgou a ação improcedente. E isso para preservar as situações consolidadas,

constitucional. 6. A criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do art. 18 da CF, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade. 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia” (STF, Pleno, ADIn 2240, rel. Min. Eros Grau, DJe 03.08.2007).

em nome do princípio da segurança jurídica.⁶ Após o voto do relator, pediu vistas o Ministro Gilmar Mendes. Em seu voto argumentou que não seria razoável deixar de julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade para não se atingir o passado, advertindo que a preservação das situações anteriores poderia se dar ainda que a ação fosse julgada procedente. Consta do voto do Ministro Gilmar: “Impressionou-me a conclusão a que chegou o Ministro Eros Grau – votou pela improcedência da ação – após tecer percuciente análise sobre a realidade fática fundada na lei impugnada e o peso que possui, no caso, o princípio da segurança jurídica. De fato, há toda uma situação consolidada que não pode ser ignorada pelo Tribunal. Com o surgimento, no plano das normas, de uma nova entidade federativa, emergiu, no plano dos fatos, uma gama de situações decorrentes da prática de atos próprios do exercício da

⁶ Parte final do voto do Min. relator, Eros Grau: “Permito-me observar ainda que no caso está em pauta o *princípio da continuidade do Estado*, não o princípio da *continuidade do serviço público*. Os serviços públicos prestados pelo Município de Luís Eduardo Magalhães passariam a ser imediatamente prestados, se declarada a inconstitucionalidade da lei de sua criação, pelo Município de Barreiras, de cuja área foi destacado. Mas não é disso que aqui se cuida, senão da necessária, imprescindível afirmação, por esta Corte, do sentido normativo veiculado pelo art. 1º da CF: a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. É o princípio da continuidade do Estado que está em pauta na presente ADIn, incumbindo-nos recusar o *fiat justitia, pereat mundus*. Por certo que a afirmação da improcedência da ADIn não servirá de estímulo à criação de novos municípios, indiscriminadamente. Antes, pelo contrário, há de expressar como que um apelo ao Poder Legislativo, no sentido de que supra a omissão constitucional que vem sendo reiteradamente consumada. Concluído, retornarei à observação de Konrad Hesse: também cumpre a esta Corte fazer tudo aquilo que seja necessário para impedir o nascimento de realidades inconstitucionais, mas indispensável há de ser, quando isso seja possível, que esta mesma Corte tudo faça para pô-la, essa realidade, novamente em concordância com a Constituição. As circunstâncias da realidade concreta do município de Luís Eduardo Magalhães impõem seja julgada improcedente a ADIn” (STF, Pleno, ADIn 2.240, rel. Min. Eros Grau, DJe 03.08.2007).

autonomia municipal. A realidade concreta que se vincula à lei estadual impugnada já foi objeto de extensa descrição analítica no voto proferido pelo Ministro relator, e não pretendo aqui retomá-la. Creio que o Tribunal já se encontra plenamente inteirado das graves repercussões de ordem política, econômica e social de uma eventual decisão de inconstitucionalidade”.⁷

Após ter deixado claro que o Ministro relator esteve preocupado em proteger as situações consolidadas, argumentou o Ministro Gilmar que a solução do problema “não pode advir da simples decisão de improcedência da ação. Seria como se o Tribunal, focando toda sua atenção na necessidade de se assegurar realidades concretas que não podem mais ser desfeitas e, portanto, reconhecendo plena aplicabilidade ao princípio da segurança jurídica, deixasse de contemplar, na devida medida, o princípio da nulidade da lei inconstitucional”.⁸ Depois disso, advertiu que, embora não se possa negar a relevância do princípio da segurança jurídica no caso, é possível primar pela otimização de ambos os princípios – ou seja, dos princípios da segurança jurídica e da nulidade da lei inconstitucional –, “tentando aplicá-los, na maior medida possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas que o caso concreto pode nos apresentar”.⁹

Mais tarde, sublinhou que “a falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se abster de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais”.¹⁰ E que o “perigo de uma tal atitude desmesurada de *self restraint* (ou *greater restraint*) pelas Cortes Constitucionais ocorre justamente nos casos em que, como o presente, a nulidade da lei inconstitucional pode

causar uma verdadeira catástrofe – para utilizar a expressão de Otto Bachof – do ponto de vista político, econômico e social”.¹¹ Diante disso, consignou o Ministro Gilmar: “Não há dúvida, portanto – e todos os Ministros que aqui se encontram parecem ter plena consciência disso –, de que o Tribunal deve adotar uma fórmula que, reconhecendo a inconstitucionalidade da lei impugnada – diante da vasta e consolidada jurisprudência sobre o tema –, resguarde na maior medida possível os efeitos por ela produzidos”.¹²

Nesta linha, o Ministro Gilmar Mendes, que acabou sendo acompanhado pelos demais Ministros – inclusive pelo Ministro relator, que retificou o seu voto –, com exceção do Ministro Marco Aurélio – que, embora julgando procedente a ação de inconstitucionalidade, pronunciava a nulidade da lei¹³ –, votou no “sentido de, aplicando o art. 27 da Lei 9.868/1999, declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei impugnada, mantendo sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, lapso temporal razoável dentro do qual poderá o legislador estadual reapreciar o tema, tendo como base os parâmetros que deverão ser fixados na lei complementar federal, conforme decisão desta Corte na ADIn 3.682”.¹⁴

Note-se que se afirmou estar sendo declarada a inconstitucionalidade, mas sem a pronúncia da nulidade da lei impugnada,

¹¹ Idem.

¹² Idem.

¹³ Voto do Ministro Marco Aurélio: “Presidente, peço vênica para cingir-me à concepção que tenho sobre as normas de regência da matéria, ao alcance que dou ao art. 18, § 4º, da CF e ao art. 27 da Lei 9.868/1999, não estabelecendo solução prática, pouco importando o Município, fora desses mesmos parâmetros. Hoje, há autorização – e sob esse preceito foi criado o Município – que não se torna efetiva ante a inexistência de atividade legiferante do Congresso quanto à lei complementar que fixaria as balizas temporais, afastando, quem sabe, o ano das eleições – segundo memorial recebido, esse Município foi criado em ano de eleições – e, também, os requisitos a serem atendidos. Portanto, julgo procedente o pedido formulado” (idem).

¹⁴ Idem.

⁷ Idem.

⁸ Idem.

⁹ Idem.

¹⁰ Idem.

mantendo-se sua vigência pelo prazo de vinte e quatro meses.¹⁵ O método utiliza-

¹⁵ Na ADIn 3.615, tratando de caso semelhante, a Corte julgou procedente a ação direta, atribuindo à decisão de inconstitucionalidade efeitos *ex nunc*: “Ação direta de inconstitucionalidade – Art. 51 do ADCT do Estado da Paraíba – Redefinição dos limites territoriais do Município do Conde – Desmembramento de parte de município e incorporação da área separada ao território da municipalidade limítrofe, tudo sem a prévia consulta, mediante plebiscito, das populações de ambas as localidades – Ofensa ao art. 18, § 4º, da CF. 1. Para a averiguação da violação apontada pelo requerente, qual seja o desrespeito, pelo legislador constituinte paraibano, das exigências de consulta prévia e de edição de lei estadual para o desmembramento de município, não foi a norma contida no art. 18, § 4º, da CF substancialmente alterada, uma vez que tais requisitos, já existentes no seu texto primitivo, permaneceram inalterados após a edição da EC 15/1996. Precedentes: ADIn 458, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 11.09.1998, e ADIn 2.391, rel. Min. Ellen Gracie, *Informativo STF* 316. 2. Afastada a alegação de que a norma impugnada, sendo fruto da atividade do legislador constituinte estadual, gozaria de uma inaugural presunção de constitucionalidade, pois, segundo a jurisprudência desta Corte, o exercício do poder constituinte deferido aos Estados-membros está subordinado aos princípios adotados e proclamados pela Constituição Federal. Precedente: ADIn 192, rel. Min. Moreira Alves, DJ 06.09.2001. 3. Pesquisas de opinião, abaixo-assinadas e declarações de organizações comunitárias, favoráveis à criação, à incorporação ou ao desmembramento de município, não são capazes de suprir o rigor e a legitimidade do plebiscito exigido pelo § 4º do art. 18 da CF. Precedente: ADIn 2.994, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 04.06.2004. A esse rol de instrumentos ineficazes que buscam driblar a exigência de plebiscito expressa no art. 18, § 4º, da CF soma-se, agora, este de emenda popular ao projeto de Constituição Estadual. 4. Ação direta cujo pedido se julga procedente, com a aplicação de efeitos *ex nunc*, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99” (STF, Pleno, ADIn 3.615, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 09.03.2007). É importante registrar parte do voto da Ministra relatora, Ellen Gracie: “Com essas considerações, julgo procedente o pedido formulado na presente ação direta e declaro a inconstitucionalidade do art. 51 do ADCT do Estado da Paraíba. Nos termos do art. 27 da Lei 9.868/1999, proponho, porém, a aplicação *ex nunc* dos efeitos dessa decisão. Justifico. Nas mais recentes ações diretas que trataram desse tema, normalmente propostas logo após a edição da lei impugnada, se tem aplicado o rito célere do art. 12 da Lei 9.868/1999. Assim, o tempo necessário para o surgimento da decisão pela inconstitucionalidade do diploma dificilmente é desarrazoadado, possibilitando a regular aplicação dos efeitos *ex tunc*. Nas ações diretas mais antigas, por sua vez, era praxe do Tribunal a quase imediata suspensão

do, embora similar, não se confunde com a técnica do *prospective overruling*, empregada no direito estadunidense (TREANOR, 1993). A similaridade decorre do fato de se ter mantido a vigência da lei pelo prazo de vinte e quatro meses, o que permite equiparar esta decisão àquela cujos efeitos operam somente a partir de determinada data no futuro. Não há dúvida que ambas as decisões protegem a segurança jurídica. É isto, precisamente, que permite a aproximação das situações.

Porém, a técnica do *prospective overruling* tem a ver com a revogação de precedentes e não com a declaração de inconstitucionalidade. Quando nada indica provável revogação de um precedente, e, assim, os jurisdicionados nele depositam confiança justificada para pautar suas condutas, entende-se que, em nome da proteção da confiança, é possível revogar o precedente com efeitos puramente prospectivos (a partir do trânsito em julgado) ou mesmo com efeitos prospectivos a partir de certa data ou evento. Isso ocorre para que as situações que se formaram com base no precedente não sejam atingidas pela nova regra. Contudo, na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade do município de Luis Eduardo Magalhães, não há como pensar em proteção da confiança fundada nos precedentes. Lembre-se que a Corte reconheceu que os seus próprios precedentes eram no sentido da inconstitucionalidade

cautelar do ato normativo atacado. Assim, mesmo que o julgamento definitivo demorasse a acontecer, a aplicação dos efeitos *ex tunc* não gerava maiores problemas, pois a norma permanecera durante todo o tempo com sua vigência suspensa. Aqui, a situação é diferente. Contesta-se, em novembro de 2005, norma promulgada em outubro de 1989. Durante esses dezesseis anos, foram consolidadas diversas situações jurídicas, principalmente no campo financeiro, tributário e administrativo, que não podem, sob pena de ofensa à segurança jurídica, ser desconstituídas desde a sua origem. Por essa razão, considero presente legítima hipótese de aplicação de efeitos *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade” (STF, Pleno, ADIn 3.615, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 09.03.2007).

e que, exatamente por conta disto, não se concebia julgamento de improcedência da ação.

Quando não se outorga efeito retroativo à decisão de inconstitucionalidade, objetiva-se preservar as situações que se consolidaram com base na lei inconstitucional. Nesta situação entra em jogo a relação entre os princípios da nulidade da lei inconstitucional e da segurança jurídica, mas certamente não importa a proteção da confiança justificada nos precedentes judiciais. A segurança jurídica é deduzida para proteger situações consolidadas que se fundaram na lei declarada inconstitucional, mas não para justificar ações que se pautaram em precedente revogado.

4. Efeitos inter partes e vinculantes da declaração de inconstitucionalidade no controle incidental e da revogação de precedente constitucional

A decisão proferida em recurso extraordinário, no que diz respeito à questão constitucional envolvida, possui efeitos com qualidades distintas. Além de atingir às partes em litígio, impedindo que voltem a discutir a questão constitucional para tentar modificar a tutela jurisdicional concedida, a decisão possui efeitos vinculantes, obrigando todos os juízes e tribunais a respeitá-la. Consideram-se, nesta dimensão, os fundamentos da decisão, ou, mais precisamente, os seus motivos determinantes ou a sua *ratio decidendi*, e não o seu dispositivo. Ou seja, os motivos determinantes – em relação à tutela jurisdicional – tornam-se indiscutíveis às partes e obrigatórios aos demais órgãos judiciais.

Declarada incidentalmente a inconstitucionalidade da norma, essa não produz efeitos no caso sob julgamento, mas não é declarada nula. A norma se torna inaplicável nos demais casos porque os juízes e tribunais ficam vinculados aos fundamentos da decisão que determinaram a inconstitucionalidade.

A decisão que revoga precedente, negando os seus motivos determinantes ou a sua *ratio decidendi*, é pensada em diferentes perspectivas, conforme a decisão revogadora pronuncie a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade. No primeiro caso, em princípio, a norma não é aplicada ao caso sob julgamento e, em virtude da eficácia vinculante, não deverá ser aplicada nos casos que se seguirem. Na hipótese de constitucionalidade, também em princípio, a norma será aplicada no caso sob julgamento, e, em face da eficácia vinculante, em todos os casos seguintes. No primeiro caso, a norma não é declarada nula, mas os seus efeitos ficam paralisados. No segundo, como a norma estava em estado de letargia, os seus efeitos são ressuscitados.

Porém, o dilema que marca a revogação de precedente está exatamente na alteração do sinal de vida dos efeitos da norma. Numa hipótese a norma deixa de produzir efeitos e na outra passa a produzi-los. Isto, entretanto, tem nítida interferência nas relações e situações que se pautaram no precedente revogado, considerando a decisão de inconstitucionalidade ou a decisão de constitucionalidade. A situação que, considerando precedente constitucional, afronta a decisão que o revogou merece cuidado especial.

A ordem jurídica – composta pelas decisões judiciais, especialmente as do Supremo Tribunal Federal – gera expectativa e merece confiança, tuteláveis pelo princípio da segurança jurídica. Assim, é preciso investigar se há confiança que pode ser dita justificada no precedente revogado. Basicamente, é necessário verificar se o precedente tinha suficiente força ou autoridade, à época da prática da conduta ou da celebração do negócio, para fazer ao envolvido crer estar atuando em conformidade com o Direito. Existindo confiança justificada, é legítimo decidir, no controle difuso, de modo a preservar as situações que se pautaram no precedente.

Perceba-se que aí não há limitação da retroatividade dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, mas modulação da eficácia vinculante da decisão, anunciando-se ser ela inaplicável diante das situações que justificadamente se pautaram no precedente revogado. Não se pode falar em limitação da retroatividade dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, mas, sim, em modulação dos efeitos vinculantes, não somente porque a decisão revogadora pode ser no sentido da constitucionalidade, mas também porque não se está diante de decisão que produz efeitos diretos erga omnes, mas de decisão que gera efeitos *inter partes*. Em verdade, há apenas necessidade de definir em que limite temporal ou situações concretas o precedente revogador terá eficácia vinculante. De qualquer forma, é inegável que a modulação da eficácia vinculante em relação às situações consolidadas acaba gerando uma limitação de retroatividade do precedente.

5. Eficácia prospectiva de
decisão revogadora de precedente
constitucional e de decisão proferida
em controle incidental

Não há dúvida que as decisões proferidas em recurso extraordinário produzem eficácia vinculante em relação aos seus motivos determinantes, assim como as decisões prolatadas em controle principal. Como é óbvio, para se admitir a eficácia vinculante no controle incidental não é preciso argumentar que a eficácia vinculante é viável no controle principal. Da mesma forma, a circunstância de ser possível atribuir efeito prospectivo à decisão de procedência na ação direta de inconstitucionalidade nada tem a ver com a viabilidade de se atribuir efeitos prospectivos à decisão proferida em sede de recurso extraordinário. A modulação dos efeitos das decisões proferidas em recurso extraordinário não é consequência lógica da possibilidade de se atribuir efeitos prospectivos às decisões

proferidas em ação direta de inconstitucionalidade.

Atribuir eficácia vinculante aos fundamentos determinantes da decisão é o mesmo que conferir autoridade aos fundamentos da decisão em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário. Esses ficam vinculados ou obrigados em face dos fundamentos da decisão, ou seja, diante da *ratio decidendi* do precedente. De modo que a técnica da obrigatoriedade do respeito aos fundamentos determinantes é utilizada para atribuir força ou autoridade aos precedentes judiciais, e não, obviamente, para simplesmente reafirmar a teoria da nulidade do ato inconstitucional.

Igualmente, a modulação dos efeitos das decisões proferidas em recurso extraordinário não é tributária da possibilidade de se modular os efeitos das decisões de inconstitucionalidade no controle principal. O poder de modular os efeitos das decisões em sede de controle incidental deriva exclusivamente do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança justificada.

A declaração de inconstitucionalidade proferida em recurso extraordinário, embora tenha eficácia vinculante, obrigando os demais órgãos do Poder Judiciário, não elimina – sem a atuação do Senado Federal – a norma do ordenamento jurídico, que resta, por assim dizer, em estado latente. É certamente possível que a decisão que reconheceu a inconstitucionalidade de determinada norma um dia seja contrariada, pelas mesmas razões que autorizam a revogação de precedente constitucional ou dão ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de declarar inconstitucional norma que já afirmou constitucional. Trata-se do mesmo “processo” em que, nos Estados Unidos, a Suprema Corte “ressuscita” a lei que era vista como *dead law*, por já ter sido declarada inconstitucional.

Na verdade, em sede de controle incidental o Supremo Tribunal Federal sempre tem a possibilidade de – a partir de critérios rígidos – negar os fundamentos

determinantes das suas decisões, sejam elas de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade. Porém, como a revogação de um precedente institui nova regra, a ser observada pelos demais órgãos judiciários, é pouco mais do que evidente a possibilidade de se violentarem a segurança jurídica e a confiança depositada no próprio Supremo Tribunal Federal. Quando não há indicações de que o precedente será revogado, e, assim, há confiança justificada, não há razão para tomar de surpresa o jurisdicionado, sendo o caso de atribuir efeitos prospectivos à decisão, seja ela de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade.

Portanto, cabe analisar, em determinadas situações, a eficácia a ser dada à decisão que revoga precedente constitucional, e, assim, a necessidade de limitar a retroatividade para tutelar as situações que se pautaram no precedente revogado. Embora a viabilidade de outorgar efeitos prospectivos à decisão de inconstitucionalidade esteja expressa no art. 27 da Lei 9.868/1999,¹⁶ é indiscutível que esta possibilidade advém do princípio da segurança jurídica, o que significa que, ainda que se entendesse que tal norma se aplica apenas ao controle principal, não haveria como negar a possibilidade de modular os efeitos da decisão proferida em recurso extraordinário (ÁVILA, 2009).

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de tratar desta importante questão em caso em que se analisou o tema. Isto ocorreu na Reclamação 2391, em que se analisou o tema do “direito de recorrer em liberdade” e a constitucionalidade, em face do princípio da não-culpabilidade, dos artigos 9º da Lei 9.034/95 e 3º da Lei 9.613/98, que prescrevem, respectiva-

¹⁶ Lei 9.868/1999, art. 27: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

mente, que “o réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta Lei” e que “os crimes disciplinados nesta Lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”. O Ministro Gilmar Mendes, acompanhando os votos proferidos pelos Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei 9.034/95 e emprestou ao artigo 3º da Lei 9.613/98 interpretação conforme à Constituição, no sentido de que o juiz, na hipótese de sentença condenatória, fundamente a existência ou não dos requisitos para a prisão cautelar. Logo após, porém, considerando que, com esta decisão, estar-se-ia revisando jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal Federal, amplamente divulgada e com inegáveis repercussões no plano material e processual, admitiu a possibilidade da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso e, assim, atribuiu à sua decisão efeitos *ex nunc* (DIREITO, 2003).

Ao se limitar os efeitos retroativos em nome da confiança justificada, não se está restringindo os efeitos diretos da decisão sobre os casos que podem ser julgados ou que estão em julgamento, mas se está deixando de atribuir eficácia vinculante à decisão proferida para obrigar os órgãos judiciais diante dos casos que podem vir a dar origem a processos judiciais ou que já estão sob julgamento em processos em andamento.

Frise-se que a necessidade de modulação no caso de revogação de precedente decorre da preocupação de não atingir as situações que com base nele se formaram e não da imprescindibilidade de proteger as situações que se consolidaram com base na lei inconstitucional. Contudo, no Brasil a técnica dos efeitos prospectivos foi pensada a partir da teoria da nulidade dos atos inconstitucionais. Vale dizer, para tutelar a segurança jurídica, mas em virtude do prin-

cípio da nulidade da lei inconstitucional. Daí não se ter percebido, com maior nitidez, a imprescindibilidade da adoção desta técnica em sede de controle incidental, em especial quando se altera a jurisprudência consolidada.

Não se pensa em confiança justificada para se dar efeitos prospectivos na hipótese de decisão de inconstitucionalidade. Só há razão para investigar se a confiança é justificada em se tratando de revogação de precedente. É apenas aí que importa verificar se havia, na academia e nos tribunais, manifestações que evidenciavam o enfraquecimento do precedente ou apontavam para a probabilidade da sua revogação, a eliminar a confiança justificada. De modo que, nesta situação, tutela-se o passado em nome da confiança que se depositou nas decisões judiciais, enquanto, no caso de decisão de inconstitucionalidade, tutelam-se excepcionalmente as situações que se formaram na vigência da lei declarada inconstitucional. Em verdade, os fundamentos para se dar efeitos prospectivos, em cada um dos casos, são diferentes. Os fundamentos bastantes para se dar efeitos prospectivos na hipótese de revogação de precedente estão longe das “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social” que justificam efeitos prospectivos em caso de decisão de inconstitucionalidade.

É certo que a limitação da retroatividade da revogação de precedente constitucional se funda na confiança justificada e, assim, não tem o mesmo fundamento dos efeitos prospectivos na ação direta de inconstitucionalidade. Porém, mesmo em recurso extraordinário, pode haver limitação da retroatividade ou atribuição de efeito prospectivo ainda que não se esteja diante de decisão revogadora de precedente. Há casos em que o Supremo Tribunal Federal pode declarar a inconstitucionalidade da norma e limitar a retroatividade da decisão, decidindo com efeitos *ex nunc*, ou mesmo excluir o próprio caso sob julgamento dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade,

à semelhança do que se faz no direito estadunidense mediante o *pure prospective overruling*. Ou, ainda, definir uma data a partir da qual a decisão passará a produzir efeitos, como ocorre quando se aplica o *prospective prospective overruling*.

O Supremo Tribunal Federal já limitou a retroatividade de decisão proferida em recurso extraordinário sem relacioná-la a confiança justificada em jurisprudência consolidada. Assim sucedeu no Recurso Extraordinário n 197.917¹⁷, em que se declarou a inconstitucionalidade de norma da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela, por ofensa ao artigo 29, IV, ‘a’, da Constituição Federal¹⁸. Entendeu-se, no caso, que o Município, diante da sua população, somente poderia ter nove vereadores e não onze – como fixado em norma de sua Lei Orgânica. Em seu voto, disse o Ministro Relator, Maurício Corrêa, ter bem decidido “o magistrado de primeiro grau ao declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 60 da Lei Orgânica em causa”, mas que este não poderia “alterar o seu conteúdo, fixando de pronto o número de vereadores, usurpando, por isso mesmo, competência constitucional específica outorgada tão-só ao Poder Legislativo do Município (CF, artigo 29, *caput*, IV). Agindo dessa forma, o Poder Judiciário estaria assumindo atribuições de legislador positivo, que não lhe foi reservada pela Carta Federal para a hipótese. Oficiado à Câmara Legislativa local acerca da inconstitucionalidade do preceito impugnado, cumpre a ela tomar

¹⁷ RE 197.917-8, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 07.05.2004.

¹⁸ “Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

(...) IV – para a composição das Câmaras Municipais, será observado o limite máximo de: a) 9 (nove) Vereadores, nos Municípios de até 15.000 (quinze mil) habitantes; (...)”.

as providências cabíveis para tornar efetiva a decisão judicial transitada em julgado”¹⁹. O Ministro Gilmar Mendes, concordando com o relator quanto à inconstitucionalidade da norma, advertiu que, “no caso em tela, observa-se que eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente, atingindo decisões que foram tomadas em momento anterior ao pleito que resultou na atual composição da Câmara Municipal: fixação do número de vereadores, fixação do número de candidatos, definição do quociente eleitoral. Igualmente, as decisões tomadas posteriormente ao pleito também seriam atingidas, tal como a validade da deliberação da Câmara Municipal nos diversos projetos e leis aprovados”. Por conta disto, declarou a inconstitucionalidade da norma da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela, explicitando que “a declaração da inconstitucionalidade da lei não afeta a composição da atual legislatura da Câmara Municipal, cabendo ao legislativo municipal estabelecer nova disciplina sobre a matéria, em tempo hábil para que se regule o próximo pleito eleitoral (declaração de inconstitucionalidade *pro futuro*)”.²⁰

6. O problema dos efeitos prospectivos no Superior Tribunal de Justiça

Como já demonstrado, a técnica dos efeitos prospectivos, além de importante em face do princípio da nulidade do ato inconstitucional, é absolutamente fundamental diante da teoria dos precedentes.

¹⁹ RE 197.917-8, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 07.05.2004.

²⁰ Decidiu o Supremo Tribunal Federal, no RE 197.917-8, tratar-se de “situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente”, e, assim, proclamou: “Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade” (RE 197.917-8, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 07.05.2004).

Tratando-se de revogação de precedente, a razão de ser dos efeitos prospectivos está na confiança justificada e na tutela da previsibilidade. Porém, não são apenas os precedentes do Supremo Tribunal Federal que geram confiança justificada, mas também os do Superior Tribunal de Justiça (e dos outros Tribunais Superiores), especialmente quando sublinhadas as suas funções de unificar a interpretação da lei e dar unidade ao direito federal (DERZI, 2009, p. 498-).

Bem por isso, como não poderia deixar de ser, a questão dos efeitos prospectivos já repercutiu no Superior Tribunal de Justiça. Nessa Corte, chegou-se a discutir, inclusive, sobre a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/1999, que autoriza o Supremo Tribunal Federal a dar efeitos prospectivos às suas decisões de inconstitucionalidade.

Há caso exemplar, oriundo do Paraná, que não pode deixar de ser lembrado. Trata-se dos EDiv no REsp 738.689, julgados pela 1ª Seção.²¹ Buscava-se, na ação que deu origem ao recurso especial e aos embargos de divergência, o reconhecimento do direito ao aproveitamento do crédito-prêmio do IPI, instituído pelo art. 1º do Dec.-lei 491/1969. Ao enfrentar o recurso especial, a Turma reafirmou a improcedência do pedido, daí tendo sido interpostos embargos de divergência à 1ª Seção. Durante o julgamento dos embargos de divergência – que restaram improvidos –, o Ministro Hermann Benjamin pediu vista e propôs a modulação dos efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/1999.

Frise-se que, até agosto de 2004, o entendimento pacífico no Superior Tribunal de Justiça era pela subsistência do benefício. Inicialmente, observou o Ministro Hermann que, ao tentar se familiarizar com os debates sobre a vigência do crédito-prêmio – dos quais não participou, pois ocorridos antes do seu ingresso na Corte –, chamou

²¹ STJ, 1ª Seção, EDiv no REsp 738.689, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 22.10.2007.

a sua atenção “a profunda mudança de orientação jurisprudencial sobre o tema, fato que é insistentemente repisado pelos contribuintes, no contexto da segurança jurídica”.²² Alegou que, “em face da jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça até agosto de 2004, persistiu em favor dos contribuintes uma certa ‘sombra de juridicidade’”.²³ Assim, para proteger a segurança jurídica e a confiança, entendeu o Ministro Hermann Benjamin que seria o caso de se proceder à modulação dos efeitos da decisão, limitando-se a sua retroatividade. Para fundamentar a sua proposta, fez as seguintes ponderações: “Tenho para mim que, também no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, as decisões que alterem jurisprudência reiterada, abalando forte e inesperadamente expectativas dos jurisdicionados, devem ter sopesados os limites de seus efeitos no tempo, buscando a integridade do sistema e a valorização da segurança jurídica. É que o reconhecimento da ‘sombra de juridicidade’, decorrente da atividade jurisdicional do Estado, revela indiscutível a necessidade de resguardarem-se os atos praticados pelos contribuintes sob a expectativa de que aquela era a melhor interpretação do Direito, já que consubstanciada em uma jurisprudência reiterada, em sentido favorável às suas pretensões, pela Corte que tem a competência constitucional para dar a última palavra no assunto. Essa necessidade de privilegiar-se a segurança jurídica e, por consequência, os atos praticados pelos contribuintes sob a ‘sombra de juridicidade’ exige do Superior Tribunal de Justiça o manejo do termo *a quo* dos efeitos de seu novo entendimento jurisprudencial. Repito que não se trata de, simplesmente, aplicar-se as normas veiculadas pelas Leis 9.868 e 9.882, ambas de 1999, por analogia, mas sim de adotar como válidos e inafastáveis os pressupostos valorativos e principiológicos que fundamentam essas normas e que, in-

²² Idem.

²³ Idem.

dependentemente da produção legislativa ordinária, haveriam de ser observados tanto pelo e. Supremo Tribunal Federal quanto pelo Superior Tribunal de Justiça. No caso dos Vereadores [em que o Supremo Tribunal Federal limitou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade], parece evidente que eventual inexistência de lei federal prevendo expressamente a modulação temporal dos efeitos da decisão judicial não impediria o e. Supremo Tribunal Federal de sopesar os efeitos de seu acórdão, por conta do imperativo da segurança jurídica. Da mesma forma, a inexistência de norma ordinária expressa que regule o assunto não tem o condão de impedir os Tribunais Superiores de adequarem sua atividade, ou o produto da ação jurisdicional, aos ditames da segurança jurídica. O e. Supremo Tribunal Federal adota esse entendimento, ao modular temporalmente os efeitos de suas decisões, mesmo em se tratando de controle difuso de constitucionalidade, não abarcado expressamente pelo regime das Leis 9.868 e 9.882, ambas de 1999”.²⁴

Após sustentar a possibilidade de o Superior Tribunal de Justiça modular os efeitos das suas decisões, para o que – na sua argumentação – não seria sequer preciso norma infraconstitucional, o Ministro Hermann Benjamin passou a traçar critérios para justificar a limitação dos efeitos da nova regra do Superior Tribunal de Justiça. Ao observar a necessidade de se preservar a segurança jurídica, refletida na expectativa dos jurisdicionados quanto à aplicação, aos seus próprios casos, do entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, advertiu o Ministro que “esse entendimento exige sejam fixados a) o limite temporal a partir do qual se afasta a ‘sombra de juridicidade’ e b) os tipos de atos e negócios jurídicos realizados pelos contribuintes que devem ser resguardados da mudança jurisprudencial. O limite temporal é de fácil visualização. A ‘sombra de juridicidade’ – e, a partir daí, também

²⁴ Idem.

a necessidade de modulação temporal da eficácia da decisão – deixa de existir quando do julgamento, pela 1ª Turma, do REsp 591.708/RS, em 08.06.2004, acórdão relatado pelo e. Ministro Teori Zavascki e publicado no DJ de 09.08.2004 (conforme registrado pelo e. Min. João Otávio de Noronha em seu voto-vista no REsp 541.239/DF). Até esse momento, o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, dando a interpretação última à legislação federal, era pela subsistência do benefício, nos termos de detalhado registro efetuado pelo e. Min. José Delgado, por ocasião de seu voto-vencido no REsp 591.708/RS. Fixo, portanto, a data de publicação desse acórdão (REsp 591.708/RS) em 09.08.2004, como o momento em que se exaure a ‘sombra de juridicidade’ que garantiria a subsistência do benefício, não cabendo, a partir de então, falar-se em expectativa, boa-fé ou confiança legítima dos contribuintes. *É essa data (09.08.2004) que serve como marco inicial para a irradiação dos efeitos da novel jurisprudência desta Corte, no sentido da extinção do crédito-prêmio do IPI, seja em 1983, seja em 1990.* Quanto aos atos e negócios jurídicos praticados pelos contribuintes, a serem resguardados da mudança jurisprudencial, há que se ter em mente o objetivo da modulação temporal dos efeitos da decisão judicial, qual seja privilegiar a segurança jurídica, refletida na expectativa dos contribuintes na manutenção do entendimento que, até então, lhes era favorável. Pois bem, em face da incontestes e incansável resistência do fisco ao aproveitamento do “crédito-prêmio”, restava aos interessados o caminho do Judiciário. Por isso, não se descuidada que, dados os efeitos *inter partes* dos precedentes desta Corte, os contribuintes haveriam de buscar provimento jurisdicional a garantir-lhes o direito que, em sua visão, era certo. Consequentemente, somente cabe falar em expectativa ao provimento judicial favorável, por óbvio, em favor daqueles que se socorreram da via pretoriana. Na seara contábil, essa busca do provimento judicial é exigência do princípio do conservadorismo. Havendo

resistência do Fisco ao aproveitamento de um direito pela empresa, há que se buscar um provimento administrativo ou judicial para legitimar a escrituração. A propósito, registro o Alerta ao Mercado, exarado pela Comissão de Valores Mobiliários em 30.03.2005, que, de maneira ainda mais severa e referindo-se a atos normativos e pareceres anteriores, veda expressamente a contabilização do direito ao ‘crédito-prêmio’ pelas companhias abertas antes de eventual trânsito em julgado da sentença favorável. Entendo, portanto, *que a expectativa a ser protegida contra a mudança jurisprudencial refere-se exclusivamente àquelas empresas que buscaram provimento judicial e efetivamente aproveitaram o ‘crédito-prêmio’ até 09.08.2004.* As pretensões de empresas não deduzidas em juízo não podem ser resguardadas. A estas, não socorre o argumento da expectativa de provimento judicial favorável e, portanto, o imperativo da segurança jurídica que me leva a decidir pela modulação temporal dos efeitos da decisão. Os contribuintes que demandaram judicialmente, e somente eles, tinham a expectativa de um provimento judicial favorável. Utilizaram-se do ‘crédito-prêmio’ num momento em que o Superior Tribunal de Justiça mantinha um posicionamento sólido a seu favor. Este aproveitamento do benefício implicou redução dos custos e preços praticados por essas empresas, em valor correspondente ao montante do IPI mitigado, levando-as a orientar seus planos e atividades com base nessa realidade. São estes atos dos contribuintes, de apropriação e aproveitamento do ‘crédito-prêmio’ antes da guinada jurisprudencial, que se aperfeiçoaram sob a ‘sombra de juridicidade’ e, agora, merecem ser preservados. Afasta-se também, portanto, a hipótese de empresas que, apesar de demandarem judicialmente, não realizaram, por qualquer razão, o efetivo aproveitamento do ‘crédito-prêmio’ até 09.08.2004. Não tiveram elas reduzidos seus custos, nem deixaram, por consequência, de repassar o ônus tributário integral (sem a dedução do crédito-prêmio) aos seus clien-

tes. Com relação a esses contribuintes, não há ofensa relevante à segurança jurídica que justifique a modulação temporal dos efeitos da decisão. Tampouco aproveita a mitigação dos efeitos da decisão declaratória a outros que não o titular original do 'crédito-prêmio', já que a 'sombra de juridicidade' refere-se ao entendimento pacificado por esta Corte, que não abrange a possibilidade de aproveitamento, por terceiros, do benefício fiscal. Sem dúvida, a controvérsia acerca da possibilidade desse aproveitamento por terceiros e a interpretação a ser dada à legislação federal que trata do assunto nunca gozaram, neste Tribunal, da pacificação jurisprudencial advinda de profundo debate e reiterados precedentes. Não há, em favor desses cessionários do crédito-prêmio, 'sombra de juridicidade' a socorrer-lhes. Numa palavra, a modulação temporal dos efeitos da decisão favorece somente os créditos aproveitados pelos titulares originários do benefício. Diante de todo o exposto, posiciono-me pela extinção do crédito-prêmio em 1983 e, superada esta tese, pelo término do benefício em 1990, nos termos do art. 41, § 1º, do ADCT, acompanhando o e. relator, Ministro Teori Albino Zavascki, para negar provimento aos embargos de divergência, *resguardando, dos efeitos desta decisão, eventual aproveitamento do crédito-prêmio pelo titular originário, desde que realizado até 09.08.2004*".²⁵

Em voto-vista, o Ministro Teori Albino Zavascki se opôs à proposta do Ministro Hermann Benjamin, argumentando "que a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal, quando autorizada, é apenas a que diz respeito a normas declaradas inconstitucionais e limita-se aos efeitos de natureza exclusivamente temporal. Aqui, ao contrário, pretende-se modular os efeitos de decisões judiciais, não sobre a inconstitucionalidade de norma, mas sobre a sua revogação, e não apenas em seus aspectos temporais (= eficácia prospectiva

às normas revogadas), mas também em seus aspectos subjetivos (= para beneficiar alguns contribuintes, não todos) e em seus aspectos materiais (= para abranger apenas alguns atos e negócios, e não todos)".²⁶

A maioria dos membros da 1ª Seção aderiu à posição do Ministro Teori²⁷, tendo restado consignado na ementa do acórdão o seguinte: "Salvo nas hipóteses excepcionais previstas no art. 27 da Lei 9.868/1999, é incabível ao Judiciário, sob pena de usurpação da atividade legislativa, promover a 'modulação temporal' da suas decisões, para o efeito de dar eficácia prospectiva a preceitos normativos reconhecidamente revogados".²⁸

O Superior Tribunal de Justiça, neste julgamento, perdeu grande oportunidade para adotar técnica imprescindível a um Tribunal incumbido de dar unidade ao direito federal. Pouco importa que o art. 27 da Lei 9.868/1999 faça referência expressa apenas às decisões de inconstitucionalidade. A limitação dos efeitos retroativos das decisões não é mera decorrência da necessidade de compatibilizar a segurança jurídica com a teoria da nulidade da lei inconstitucional. Trata-se, ao contrário, de algo imprescindível para não se surpreender aqueles que depositaram confiança justificada nos precedentes judiciais. Os atos, alicerçados em precedentes dotados de autoridade em determinado momento histórico – e, assim, irradiadores de confiança justificada –, não podem ser desconsiderados pela decisão que revoga o precedente, sob pena de violação à segurança jurídica e à confiança nos atos do Poder Público. Ou seja, a modulação dos efeitos ou a limitação dos efeitos retroativos das decisões certamente não

²⁶ Idem.

²⁷ O Ministro João Otávio de Noronha, acrescentando que "o efeito prospectivo e a modulação do julgamento têm o condão, exatamente, de permitir a uma Corte Superior transcender o interesse individual e fazer prevalecer a própria credibilidade do Poder Judiciário", acompanhou o voto do Ministro Hermann Benjamin.

²⁸ Idem.

²⁵ Idem.

pode servir apenas às decisões de inconstitucionalidade. Na verdade, a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade é um dos aspectos que se insere na questão relativa à tutela da segurança diante das decisões judiciais.

Aliás, mesmo que o art. 27 não existisse, o Supremo Tribunal Federal poderia e deveria limitar, quando necessário, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, bastando argumentar com base na Constituição Federal. Uma norma, afirmando a possibilidade da limitação dos efeitos retroativos das decisões revogadoras de precedentes – ou, caso se queira em outros termos, de jurisprudência consolidada e pacífica – no Superior Tribunal de Justiça, jamais poderia ser vista como resultado de “livre opção” do legislador infraconstitucional. Tal norma é necessária para o legislador cumprir com o seu dever de tutela da confiança justificada nos atos do Poder Público. O que significar dizer que a inexistência desta norma configuraria “falta de lei”, que, por isso, necessariamente deveria ser suprida pelo Poder Judiciário diante dos casos concretos. Como o Judiciário não pode prestar adequada tutela jurisdicional sem limitar os efeitos da decisão que revoga precedente – deixa de lado jurisprudência pacífica ou, o que é o mesmo, inaugura nova compreensão de dada situação jurídica –, não há como subordinar a sua decisão, de limitação dos efeitos retroativos, à existência de lei. Na realidade, a possibilidade de limitar os efeitos retroativos das decisões é inerente ao exercício do poder de julgar conferido aos Tribunais Superiores.²⁹

²⁹ “Com efeito, a possibilidade de aplicação prospectiva da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional decorre do princípio da segurança jurídica. Logo, mesmo que inexistisse o art. 27 da Lei 9.868/1999, ainda assim o Supremo Tribunal Federal, em alguns casos, teria o poder/dever de restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir a partir de que momento esta teria eficácia. Tal se dá, a nosso ver, na mudança abrupta da jurisprudência do próprio Pretório Excelso, com repercussões seja no Erário, seja no patrimônio de grande número de empresas. (...) Sempre com apoio no princípio

De outro lado, excetuar alguns atos e sujeitos dos efeitos retroativos de uma decisão não significa dar efeitos prospectivos à lei revogada, ainda que tal decisão tenha reconhecido que, na época da prática dos atos, a lei não deveria produzir efeitos. Ora, se, no momento em que os atos foram praticados, o Poder Judiciário afirmava que a lei estava em vigor, inegavelmente existia “norma jurídica” para orientar os jurisdicionados. Se esta norma é revogada por norma posteriormente emanada do próprio Poder Judiciário, a nova norma não pode retroagir para apanhar as situações que se consolidaram à época em que era justificada a confiança na norma judicial revogada.

De modo que, limitar os efeitos de decisão, para preservar atos praticados com base em lei declarada revogada, não é usurpar o poder do legislador, mas proteger a confiança justificada no Poder Judiciário. Trata-se, em verdade, de um ato de autotutela do próprio Judiciário.

Também não é correto supor que, para a proteção da confiança, basta apenas limitar os efeitos retroativos da decisão, sem dissociar os atos que foram e não foram praticados com base em confiança justificada. Portanto, pouco importa que a lei tenha se referido apenas à limitação dos efeitos re-

da segurança jurídica, estamos convencidos de que, também no controle difuso de constitucionalidade, o STF detém a aptidão para, na salvaguarda dos princípios constitucionais, máxime o da segurança jurídica, apontar a prospectividade, evitando, assim, a fulminante e por vezes formidável eficácia *ex tunc*. (...) Assentadas estas premissas, podemos avançar em nosso raciocínio indagando: e os demais Tribunais Superiores (STJ, TST, STM e TSE) podem, à míngua de uma lei formal expressa, manter os efeitos da antiga e arraigada jurisprudência, quer em relação à causa agora julgada em sentido oposto, quer às demais, que ainda tramitam, quer, finalmente, a todas as pessoas que estavam a pautar sua conduta de acordo com aquilo que, sem nenhuma hesitação, o próprio Poder Judiciário considerava correto e adequado? Agora respondemos que sim, em que pese a inexistência de autorização em meio técnico-processual expresso. Sempre o autoaplicável princípio constitucional da segurança jurídica impõe o período de transição que estamos a aludir” (CARRAZZA, 2009, p. 67-68).

troativos, sem dizer que os atos praticados no passado podem ser diferenciados. Ora, é da essência da limitação de efeitos em nome da proteção da confiança a discriminação de atos que não foram praticados com base em confiança justificada, e que, assim, não devem ser ressalvados dos efeitos retroativos da decisão.

Há outro importante caso a ser lembrado. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 83.255/SP, alterou a regra judicial a respeito do prazo recursal para o Ministério Público, que desde então passou a ser contado a partir da data da entrada do processo nas dependências da instituição. O Superior Tribunal de Justiça acompanhou a nova orientação do Supremo Tribunal Federal.

Naturalmente, porém, surgiu o problema relacionado com os recursos que haviam sido interpostos à época em que prevalecia o entendimento anterior. Mas o Superior Tribunal de Justiça sabiamente preservou a tempestividade dos recursos que se fundaram na regra judicial – ou no entendimento jurisprudencial – que ainda prevalecia quando da interposição, não admitindo a retroatividade do novo entendimento para descaracterizar a tempestividade recursal. Neste sentido, há o seguinte julgado da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça: “*Habeas corpus* – Processual penal – Tempestividade do recurso ministerial – Mudança do entendimento jurisprudencial das Cortes Superiores – Aplicação aos casos futuros. 1. De fato, o Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento plenário do HC 83.255/SP (*Informativo* 328), decidiu que o prazo recursal para o Ministério Público conta-se a partir da entrada do processo nas dependências da Instituição. O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, aderiu à nova orientação da Suprema Corte. 2. Não se pode olvidar, todavia, que o entendimento jurisprudencial, até então, há muito sedimentado no STF e no STJ, era justamente no sentido inverso, ou seja, entendia-se que a intimação pessoal do Ministério Público se dava com o ‘ciente’ lançado nos autos, quando efetivamente

entregues ao órgão ministerial. 3. Dessa maneira, constata-se que o Procurador de Justiça, nos idos anos de 2000, tendo em conta a então sedimentada jurisprudência das Cortes Superiores, valendo-se dela, interpôs o recurso dentro do prazo legal. 4. Não se poderia, agora, exigir que o órgão ministerial recorrente se pautasse de modo diverso, *como se pudesse antever a mudança do entendimento jurisprudencial*. Essa exigência seria inaceitável, na medida em que se estaria criando obstáculo insuperável. Vale dizer: depois de a parte ter realizado o ato processual, segundo a orientação pretoriana prevalente à época, seria apenada com o não conhecimento do recurso, quando não mais pudesse reagir à mudança. Isso se traduziria, simplesmente, em usurpação sumária do direito de recorrer, o que não pode existir em um Estado Democrático de Direito, mormente se a parte recorrente representa e defende o interesse público. 5. Ordem denegada”.³⁰

Essa decisão merece um único reparo. Pouco importa se a parte recorrente representa e defende o interesse público. Não é possível retroagir entendimento novo para o efeito de prejudicar quem quer que tenha praticado ato em confiança em precedente ou em jurisprudência pacífica. A sua importância, entretanto, transcende este ponto, pois demonstra que um Tribunal cuja missão é a de atribuir unidade ao direito federal deve estar consciente de que a revogação de um precedente – ou de um entendimento jurisprudencial – tem significado muito mais amplo ao de uma simples decisão judicial.³¹

³⁰ STJ, 5ª T., HC 28.598/MG, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 01.08.2005.

³¹ A própria Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de declarar que este Tribunal “foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segu-

A revogação de precedente, ao alterar o entendimento da Corte a respeito da interpretação da lei federal, tem grande impacto sobre as situações levadas a efeito sob o império do precedente revogado. De forma que exige do Tribunal, em primeiro lugar, a análise acerca da existência de “confiança justificada”, uma vez que nem todo precedente gera confiança capaz de legitimar a conduta praticada. Depois, há que se verificar se o ato ou a conduta realmente deriva da confiança que se depositou no precedente.

Assim, tomando-se como exemplo o caso do “prazo do Ministério Público”, caberia perguntar se, à época da interposição do recurso, existiam manifestações jurisprudenciais e da doutrina no sentido de que o prazo deveria ser contado a partir da entrada dos autos na dependência da instituição ou firmando o entendimento de que não seria razoável subordinar o início do prazo à boa vontade do Ministério Público. Se o Superior Tribunal de Justiça, ainda que sem expressamente decidir que o prazo deveria ser contado a partir da entrada dos autos no Ministério Público, já tinha sinalizado para este entendimento ou já havia decidido com base em distinção inconsistente – considerando, por exemplo, que o prazo do Ministério Público, para a indicação de testemunhas ou de quesitos periciais, deveria ser contado a partir da entrada dos autos na instituição ou que o prazo para a interposição de recurso, no processo civil, deveria obedecer a tal lógica –, a autoridade do precedente assim como a confiança que nele poderia ser depositada estariam abaladas.

A proteção da confiança justificada nos precedentes judiciais constitui dever dos Tribunais Superiores, pelo que a limitação dos efeitos das decisões que revogam precedentes ou jurisprudência consolidada não está sequer à discrição do Superior

Tribunal de Justiça. Esse Tribunal, para dar cumprimento a sua missão constitucional de dar unidade ao direito federal, tem o dever de utilizar a técnica da limitação dos efeitos retroativos, como todo tribunal que, ao decidir, fixa normas que orientam a conduta dos jurisdicionados, dando-lhes previsibilidade para trabalhar e viver.

Referências

ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BRASIL. Lei nº 9.868m de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 nov. 1999.

CARRAZZA, Roque Antonio. Segueança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais: competência dos Tribunais Superiores para fixá-la. In: FERRAZ JR., Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ‘Ex nunc’ e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008.

DELANEY, Sarah K. Stare decisis v. The “New Majority”: the Michigan Supreme Court’s practice of overruling precedent, 1998-2002. *Albany Law Review*, Albany, v. 66, n. 871, 2003.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009, 647 p.

DIREITO de recorrer em liberdade: 1 : RCL-2391. *Informativo STF*, Brasília, n. 334, 15-19 dez. 2003.

EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

LEDERMAN, Howard. Judicial overruling: time for a new general rule. *Michigan Bar Journal*, Michigan, Sept. 2004.

MARKMAN, Stephen. Precedent: tension between continuity in the law and the perpetuation of wrong decisions. *Texas Review of Law & Politics*, Austin, v. 8, n. 2, Spring 2004.

NELSON, Caleb. Stare decisis and demonstrably erroneous precedents. *Virginia Law Review*, Charlottesville, v. 87, Mar. 2001.

rança” (STJ, Corte Especial, AgRg nos EResp 228432, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 18.03.2002).

SHANNON, Bradley Scott. The retroactive and prospective application of judicial decision. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Cambridge, v. 25, Summer 2003.

SUMMERS, Robert S.. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Aldershot; Brookfield, Vt. : Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 397-398.

TRAYNOR, Roger J. Quo vadis, prospective overruling: a question of judicial responsibility. *Hastings Law Journal*, San Francisco, v. 50, Apr. 1999.

TREANOR, William Michael. Prospective overruling and the revival of unconstitutional statutes. *Columbia Law Review*, New York, v. 93, Dec. 1993.

Da ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil

Quieta non movere

Luiz Dellore

Sumário

1. Da (des)necessidade de um novo Código de Processo Civil. 2. Da proposta de ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. 2.1. Alguns inconvenientes decorrentes da proposta de reforma. 2.2. Reflexão acerca da modificação dos limites objetivos da coisa julgada no NCPC: *quieta non movere*. 2.3. Proposta de alteração do projeto do NCPC em relação à ampliação dos limites objetivos da coisa julgada. 2.3.1. Manutenção do sistema do CPC com adaptações para a estrutura do NCPC. 2.3.2. Adaptações à proposta de questão prejudicial coberta pela coisa julgada no NCPC. 3. Conclusões

1. Da (des)necessidade de um novo Código de Processo Civil¹

Um debate que antecede o próprio objeto deste artigo é a necessidade, neste momento, de um novo Código de Processo Civil para o Brasil.

Em brevíssimas linhas, parece-me que o problema, muito mais que legislativo, é estrutural e cultural. A morosidade do processo se deve mais a esses fatores do que ao Código de Processo Civil. Tanto

Luiz Dellore é professor de Direito Processual Civil da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da Escola Paulista do Direito (EPD), entre outras instituições. Mestre em Direito Processual Civil pela USP e em Direito Constitucional pela PUC/SP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Advogado da Caixa Econômica Federal em São Paulo.

¹ Este é o título atribuído a interessante trabalho de conclusão de curso, o qual traça a evolução histórica das reformas processuais pátrias. Foi elaborado pelo graduando da Universidade Presbiteriana Mackenzie ELIE PIERRE EID, sob minha orientação.

é assim que, com o mesmo diploma legal processual, o Tribunal de Justiça de São Paulo leva anos para julgar uma apelação, ao passo que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro faz o mesmo em meses.

Outrossim, estamos vivendo uma transição entre o meio físico e o meio digital. Há dez anos, a internet era um mero acessório para a atuação do profissional do Direito. Hoje, é algo fundamental. Se no início do século XXI se afirmasse que na segunda década do século o STF somente admitiria postulação de algumas ações por meio eletrônico e que o STJ acabaria com os autos em papel, possivelmente ninguém acreditaria.

Ou seja, a mudança de paradigma – a qual justificaria a elaboração de um novo CPC – está em curso. E, quando o processo eletrônico efetivamente se tornar realidade, o projeto de Código terá de passar por alterações².

Nesta perspectiva, filio-me à corrente a qual entende que o momento não seria o mais adequado para a elaboração de um novo CPC. Mas, isto de modo algum significa que o projeto não tem méritos – ou, principalmente, que se questiona a elevada qualificação dos ilustres membros da Comissão de Juristas que elaborou o texto base.

Muitas das propostas do novo CPC poderiam simplesmente ser incorporadas ao atual CPC. E isso deveria acontecer sem demora. Alternativamente, poder-se-ia já discutir um diploma legislativo para vigorar quando do predomínio do processo eletrônico.

Não obstante, acaso prossiga a tramitação do projeto de novo CPC, é certo que é fundamental a existência de debate a res-

² Para comprovar a assertiva, basta reproduzir o seguinte artigo do projeto de Novo CPC: “Art. 232. Havendo urgência, serão transmitidas a carta de ordem e a carta precatória por qualquer meio eletrônico ou por telegrama”. Ora, dúvida não há de que tal artigo tem por paradigma o processo em papel – e existem outros exemplos nesse sentido (como a previsão de prova por meio de ata notarial, prevista no art. 370).

peito das inovações. Não se pode aprovar um texto dessa magnitude sem reflexão e sem ouvir a comunidade jurídica³. E, nesta perspectiva, é indubitável que a presente RIL pode assumir um papel fundamental, de instrumento catalisador da discussão e capaz de permitir o amadurecimento de algumas ideias em torno do projeto⁴.

Contudo, se de um lado o novo diploma traz uma série de propostas interessantes, é certo que alguns temas clamam por maior reflexão. Nesta seara, destaca-se a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada. É este o tema deste breve trabalho, que tem por desiderato chamar a atenção da comunidade jurídica para aspectos indesejados da alteração constante do projeto.

Assim, caso a proposta de novo Código avance, esperamos que os pontos aqui levantados sejam sopesados pelo legislador – ainda que a opinião aqui exposta não seja acolhida, é certo.

2. Da proposta de ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil

A Exposição de Motivos do anteprojeto de novo CPC, logo no início do seu item 4, assim destaca: “O novo sistema permite que cada processo tenha maior rendimento possível. Assim, e por isso, estendeu-se a autoridade da coisa julgada às questões prejudiciais”.

Esse objetivo da Comissão de Juristas pode ser visualizado especialmente em três dispositivos do projeto de novo CPC – artigos que não passaram por quaisquer

³ Após um início em que não houve o efetivo debate (MESQUITA et al, 2010), o ano de 2011 já se mostra mais promissor, como com o debate virtual capitaneado pelo Ministério da Justiça (BRASIL, 2011).

⁴ Neste momento, não se pode deixar de destacar a denodada atuação do coordenador desta edição, Prof. BRUNO DANTAS que, mesmo sendo membro da Comissão de Juristas que elaborou o novo CPC, convidou para esta RIL não apenas autores favoráveis ao projeto. Destaque, também, para suas informações a respeito da tramitação do Novo CPC prestadas via twitter.

alterações de conteúdo quando da aprovação no Senado (apenas houve alteração na numeração dos artigos).

Para facilitar a compreensão, reproduz-se abaixo o artigo do projeto do novo CPC (NCPC) e, na sequência, a redação atualmente em vigor, ou seja, a redação do CPC 73 (CPC).

NCPC:

“Art. 20. Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, o juiz, assegurado o contraditório, a declarará por sentença, com força de coisa julgada”.

CPC:

“Art. 5º 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”.

NCPC:

“Art. 490. A sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites dos pedidos e das questões prejudiciais expressamente decididas”.

CPC:

“Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.

NCPC:

“Art. 491. Não fazem coisa julgada:

I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.”.

CPC

“Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.”.

Do cotejo entre ambos os textos, é fácil perceber que o NCPC, abandonando o sistema do CPC, extingue a figura da ação declaratória incidental e traz, como nova regra, que a coisa julgada também abrangerá a questão prejudicial. E isso desde que tenha havido decisão do magistrado a respeito da questão prejudicial, mas sem qualquer pedido das partes.

Há, portanto, ampliação dos limites objetivos da coisa julgada. No CPC, apenas o dispositivo é coberto pela coisa julgada; no NCPC, o dispositivo e a questão prejudicial.

Analisando o tema à luz de um dos exemplos clássicos de questão prejudicial (investigação de paternidade em relação aos alimentos), poder-se-ia afirmar que a alteração é adequada e prestigia a celeridade, evitando discussões laterais e futuros processos.

Contudo, no cotidiano forense a questão pode se mostrar consideravelmente mais complexa – lembrando que, a rigor, pouco se vê a discussão da paternidade como questão prejudicial de alimentos, visto que em regra ajuíza-se a investigação de paternidade cumulada com o pedido de alimentos.

Assim, as possíveis desvantagens da alteração legislativa serão analisadas na sequência.

2.1. Alguns inconvenientes decorrentes da proposta de reforma

Independentemente da complexidade da causa, muitas vezes há diversos argumentos levantados pelas partes no decorrer do processo que podem ser classificados como questão prejudicial, mas a respeito dos quais pouco ou nenhum debate existe.

Como exemplo, basta imaginar, em uma demanda envolvendo um contrato, a discussão de nulidade de cláusula, nulidade do contrato, objeto ilícito, questões relacionadas aos poderes exercidos por

quaisquer das partes, violação de cláusulas etc. Independentemente da profundidade da cognição, tais questões acabam sendo apreciadas pelo juiz na sentença, ainda que de maneira breve.

Mas, pelo CPC, acaso não haja a proposição de declaratória incidental por qualquer das partes, apenas o pedido é que será coberto pela coisa julgada. Assim, ambas as partes estão plenamente cientes a respeito de qual parte da decisão será coberta pela coisa julgada.

Contudo, pela proposta de redação do NCPC, se quaisquer dessas questões forem brevemente mencionadas, seja na inicial seja na contestação, e forem apreciadas pela sentença, poderão ser cobertas pela coisa julgada, ainda que não haja maior discussão no bojo do processo.

Assim, se o pedido for o cumprimento de uma determinada cláusula e houver a alegação de que o contrato foi celebrado por quem não tinha poderes para tanto, é possível que a sentença venha a declarar isso com força de coisa julgada – sem que qualquer das partes tenha formulado pedido nesse sentido. E, talvez, de forma surpreendente para ambas as partes.

Qualquer alegação de nulidade contratual, por mais singela que seja, pode ter a consequência da formação da coisa julgada.

Afinal, o NCPC simplesmente afirma que serão cobertas pela coisa julgada as “questões prejudiciais expressamente decididas” (NCPC, art. 490) – não condicionando ao pedido da parte ou ao grau de cognição. E é de se destacar que o art. 490 sequer faz menção à observância do contraditório, mencionado apenas no art. 20.

Trata-se, claramente, de uma situação que causará insegurança jurídica e demandará, por parte do advogado, um extremo cuidado na hora de elaborar a inicial ou a contestação, para que não seja levantada uma questão que possa ser considerada como prejudicial – a qual ou demandará maior dilação probatória (e maior demora na tramitação do processo) ou eventual-

mente não seria conveniente para debate naquele momento. Há um claro enfraquecimento do princípio dispositivo.

Mas, especialmente, haverá um hercúleo trabalho por parte de quem for interpretar uma sentença: afinal, o que se deve entender por “questões prejudiciais expressamente decididas”? É certo que a expressão admite grande variação interpretativa. Caberão embargos declaratórios para que o juiz diga se “expressamente decidiu” alguma questão?

E ainda há mais. O juiz poderá decidir uma questão prejudicial apenas na fundamentação da sentença – e, nos termos do NCPC, ainda assim será coberta pela coisa julgada, desde que “expressamente decidida”. Destarte, para verificar o que será coberto pela coisa julgada, também haverá a necessidade de se analisar a fundamentação, e não só o dispositivo.

Em síntese, o grau de insegurança jurídica – para as partes e para terceiros – aumenta consideravelmente. Não é de se descartar a prolação de uma sentença que surpreenda a todos os litigantes.

O acima exposto se aplica a qualquer processo perante o Judiciário, do mais simples ao mais complexo. Mas a alteração proposta é ainda mais grave no tocante ao processo coletivo. Especialmente no que pertine ao controle de constitucionalidade difuso nos processos coletivos.

Em processos coletivos, a jurisprudência dos Tribunais Superiores pacificou-se na linha de que é possível discutir a constitucionalidade em tais demandas, desde que pela via incidental. Exatamente porque não é possível uma decisão coletiva que decida com força de coisa julgada a respeito da constitucionalidade – sob pena de usurpar a função do STF em uma ação do controle concentrado de constitucionalidade⁵.

Contudo, a prevalecer o que o NCPC prevê, se houver no bojo de uma ação civil

⁵ O tema foi desenvolvido em nossa dissertação de mestrado *Evolução do controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro: rumo ao controle concentrado?*

pública (ACP) a declaração de inconstitucionalidade, em caráter incidental, essa declaração *erga omnes* de inconstitucionalidade vai ser coberta pela coisa julgada? Ou seja, toda ACP será uma ação declaratória de inconstitucionalidade ou uma ação direta de constitucionalidade? Seria a completa subversão do já complexo controle de constitucionalidade brasileiro.

Assim, a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada não parece ser uma solução adequada – especialmente se, da forma como posta, ocorre sem pedido de qualquer das partes.

2.2. Reflexão acerca da modificação dos limites objetivos da coisa julgada no NCPC: *quieta non movere*

De forma consideravelmente simplificada⁶, a coisa julgada pode ser definida como a imutabilidade e indiscutibilidade da sentença, em virtude do trânsito em julgado da decisão. Imutabilidade e indiscutibilidade da sentença são termos constantes da definição legal de coisa julgada (CPC, art. 467).

A imutabilidade tem como consequência a impossibilidade de rediscussão da lide já julgada, o que se dá com a proibição de propositura de ação idêntica àquela já decidida anteriormente⁷. Este seria o aspecto negativo da coisa julgada.

Já a indiscutibilidade tem o condão de fazer com que, em futuros processos (diferentes do anterior), a conclusão a que anteriormente se chegou seja observada e respeitada⁸. Este seria o aspecto positivo da coisa julgada.

A coisa julgada é, seguramente, um dos temas mais complexos do direito processual

⁶ O tema foi desenvolvido com vagar em nossa dissertação de mestrado *Das sentenças definitivas que não são cobertas pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro*.

⁷ Estamos aqui diante da clássica figura da “exceção de coisa julgada.” (Cf. MESQUITA, 2004b, p. 11).

⁸ Segundo Botelho de Mesquita (2004a, p. 12), “o juiz do segundo processo fica obrigado a tomar como premissa de sua decisão a conclusão a que se chegou no processo anterior”.

al⁹. Poucos são os pontos de concordância na doutrina – não há consenso sequer em relação à nomenclatura¹⁰ ou conceito do instituto¹¹.

Apesar disso, talvez um dos temas em que exista algum consenso na doutrina seja, exatamente, a compreensão dos limites objetivos da coisa julgada.

E apenas esta constatação já seria suficiente para não se propor alteração em relação ao tema: *quieta non movere*¹².

Não se está aqui defendendo um conservadorismo exacerbado, pelo qual não devem ocorrer quaisquer modificações legislativas. Longe disso. Apenas ora se sustenta que, entre tantos temas processuais civis que são objeto de acalorados debates, críticas e dificuldades interpretativas e jurisprudenciais, seguramente não se encontram a questão prejudicial e a coisa julgada. E oxalá assim permaneça.

Calmon de Passos (1994, p. 477) foi autor que bem discorreu a respeito do tema, em magistério que vale a pena ser reproduzido:

“Questão é toda controvérsia que se constitui no bojo de um processo. Controvérsia a respeito de fato (questão de fato) ou relativa a direito (questão de direito). A questão pode ser objeto de um pedido, e se assim o for, será decidida pelo juiz com força de coisa julgada. Aquelas, entretanto, que não constituírem objeto de pedido, o juiz as apreciará

⁹ Liebman (1945, p. 16), um dos maiores estudiosos do tema, afirma que a coisa julgada é um “misterioso instituto”. Já Barbosa Moreira (1979, p. 9) assim destaca: “Quem se detiver, porém, no exame do material acumulado, chegará à paradoxal conclusão de que os problemas crescem de vulto na mesma proporção em que os juristas se afadigam na procura das soluções”.

¹⁰ Coisa julgada ou caso julgado?

¹¹ A doutrina majoritária aceita a construção de Liebman, mas há divergências, à qual nos filiamos.

¹² A expressão latina pode ser traduzida por “não mexa com quem está quieto”. Os americanos, na sua simplicidade, a formulam da seguinte forma: “Don’t trouble trouble, till trouble troubles you.”. Além disso, o brocardo que deu origem à expressão *stare decisis* é assim redigido: “*stare decisis et non quieta movere*”.

incidentemente, com vistas a decidir o que foi objeto do pedido. Muitas delas integram a motivação de sua decisão de mérito. (...) Algumas dessas questões de direito são chamadas de questões prévias, porque sua decisão precede, sempre, a decisão sobre o mérito propriamente dito. Essas questões prévias, por sua vez, ou são preliminares ou são prejudiciais. (...) Já a prejudicial, acolhida ou não, impõe prossiga o juiz a sua tarefa de julgar, porque do que tenha concluído quanto a essa questão prévia dependerá o seu julgamento da questão prejudicada. A decisão da prejudicial (...) influi, dá sentido e dá conteúdo à decisão da chamada questão prejudicada. Essa questão prejudicial, diz o CPC (art. 469, III), será decidida incidentemente, e sem força de coisa julgada”.

A clareza do mestre baiano dispensa maiores comentários. E apenas reforça as preocupações expostas no item anterior.

O fato é que toda questão prejudicial, uma vez apreciada pelo juiz, estará inserida na motivação da sentença. Mas, pelo outro lado, é certo que nem toda motivação da sentença será questão prejudicial.

Para corroborar o ora exposto, cabe nos socorrermos da lição de Barbosa Moreira (2010, p. 92):

No sistema do Código (arts. 468 e 469), só o pronunciamento judicial sobre o pedido é idôneo para adquirir a autoridade da coisa julgada. Esta não abrange a fundamentação da sentença, na qual se compreende a solução das questões atinentes às relações jurídicas prejudiciais, assim denominadas aquelas de cuja existência ou inexistência logicamente depende a da relação jurídica deduzida em juízo pelo autor, por meio da demanda que deu origem ao processo.

A exposição doutrinária se presta a dar lastro às inconveniências acima expostas.

Afinal, se a questão prejudicial é decidida na fundamentação (não precisa constar do dispositivo), é certo que ao motivar uma sentença poderá o juiz – sem pedido, sem cognição exauriente ou até mesmo sem efetiva manifestação das partes – decidir determinada questão com força de coisa julgada. É a insegurança jurídica a que antes se aludiu. Isso em relação a qualquer processo.

De seu turno, quanto ao processo coletivo em que se exerce o controle de constitucionalidade difuso-incidental, aponta a jurisprudência que a constitucionalidade é questão prejudicial em relação ao pedido principal. Neste sentido, a título exemplificativo, o REsp 1.096.456¹³ e o RE 511.961¹⁴.

Da análise da ementa destes julgados – que, reitere-se, bem sintetizam a jurisprudência dos Tribunais Superiores – conclui-se que exatamente por ser apreciado como questão prejudicial e por não ser coberto pela coisa julgada é que se admite o controle de constitucionalidade incidental em processos coletivos.

No mesmo sentido, se na fundamentação da sentença há a “solução das questões atinentes às relações jurídicas prejudiciais”, como alude Barbosa Moreira (1979), é certo que, em ACP na qual há discussão de

¹³ “(...) Segundo a jurisprudência do STJ, em tese, é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade, na ação civil pública, de quaisquer leis ou atos normativos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público. (...)” (BRASIL, 2009a).

¹⁴ “(...) 3. CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. A não-recepção do Decreto-Lei nº 972/1969 pela Constituição de 1988 constitui a causa de pedir da ação civil pública e não o seu pedido principal, o que está plenamente de acordo com a jurisprudência desta Corte. A controvérsia constitucional, portanto, constitui apenas questão prejudicial indispensável à solução do litígio, e não seu pedido único e principal. Admissibilidade da utilização da ação civil pública como instrumento de fiscalização incidental de constitucionalidade. Precedentes do STF. (...)” (BRASIL, 2009b).

constitucionalidade, este aspecto da lide será apreciado e decidido como questão prejudicial. É certo que constará da motivação – e também será questão prejudicial.

Isto porque, como mencionado por Calmon de Passos (1994), para o juiz, “do que tenha concluído quanto a essa questão prévia dependerá o seu julgamento da questão prejudicada”. Afinal, se pedido do autor coletivo tem por lastro uma questão constitucional, somente após a apreciação desta é que será possível julgar aquele.

Portanto, a apreciação da constitucionalidade pela via difusa sempre vai se dar como questão prejudicial, e não como simples motivação da sentença. Seja no processo individual ou no processo coletivo.

Diante disso, à luz do NCPC, a questão prejudicial que apreciar a constitucionalidade será coberta pela coisa julgada. Sendo assim, no caso do processo coletivo, haverá usurpação da competência do STF por parte de qualquer juízo que apreciar uma ACP na qual haja a discussão da constitucionalidade de maneira difusa. Ou seja, haverá uma incompatibilidade entre a legislação infraconstitucional e a Constituição.

E então, das duas uma: ou se modifica a regra dos limites objetivos da coisa julgada em relação aos processos coletivos, ou não mais se possibilita controle difuso-incidental da constitucionalidade no bojo de um processo coletivo.

2.3. Proposta de alteração do projeto do NCPC em relação à ampliação dos limites objetivos da coisa julgada

2.3.1. Manutenção do sistema do CPC com adaptações para a estrutura do NCPC

À luz do exposto, é de se perceber quantos seriam os problemas com a aprovação do NCPC tal como está em relação aos limites objetivos da coisa julgada. Assim, propõe-se simplesmente a manutenção do sistema atual: apenas a questão principal é coberta pela coisa julgada, não a questão prejudicial.

Para que haja o alargamento dos limites objetivos da coisa julgada também à questão prejudicial, deve haver pedido expresso da parte – seja mediante ação declaratória ou simples pedido formulado nos autos.

Se o legislador buscou acabar com ações incidentais (como a reconvenção e o pedido contraposto), então basta regulamentar que, surgindo questão prejudicial e havendo interesse em que seja ela coberta pela coisa julgada, qualquer das partes deverá assim requerer, por petição.

Ou seja, seria algo análogo ao pedido contraposto que substitui a reconvenção (NCPC, art. 326).

2.3.2. Adaptações à proposta de questão prejudicial coberta pela coisa julgada no NCPC

Acaso o legislador opte por manter o espírito da proposta do NCPC, para minorar os inconvenientes acima expostos são possíveis algumas simples alterações no projeto.

A uma, especificar que, diante do surgimento da questão prejudicial, o juiz deverá determinar que as partes se manifestem a respeito do tema, sob pena de – se não houver esta intimação – não incidir a coisa julgada em relação ao que for decidido.

A duas, no artigo que dispõe que serão cobertas pela coisa julgada as questões prejudiciais expressamente decididas, incluir a locução “que constem do dispositivo da decisão de mérito”. Isso para que, diante de um critério geográfico, diminua a insegurança quanto aos limites da coisa julgada.

A três, excepcionar o processo coletivo da regra que alarga os limites objetivos da coisa julgada. Proposta que evitaria o renascimento do cabimento de controle incidental no processo coletivo.

3. Conclusões

Pelo que se expôs, é possível concluir o quanto segue:

1) Este não parece ser o momento histórico ideal para a elaboração de um novo Código de Processo Civil. Justifica-se um novo Código com a mudança de paradigma – e estamos exatamente em um momento de transição entre o papel e o digital. Assim, neste momento, mais adequado seria elaborar e debater um Código a vigorar quando do predomínio do processo eletrônico – que poderia agregar várias das sugestões do projeto em debate.

2) Não obstante, acaso prossiga a tramitação do atual projeto de novo CPC, alguns pontos merecem maior reflexão. Neste âmbito, destaca-se a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada.

3) O Novo CPC, abandonando o sistema do CPC 73, propõe o fim da ação declaratória incidental e, como regra, a abrangência da coisa julgada também para a questão prejudicial – desde que tenha havido decisão do magistrado e independentemente de qualquer pedido das partes.

4) A proposta traz alguns inconvenientes, entre os quais destacamos: (i) a possibilidade de uma simples causa poder se transformar em algo com grande repercussão, sem qualquer controle ou possibilidade de ciência prévia pelas partes; (ii) a insegurança na interpretação de uma sentença, a respeito de qual parte será coberta pela coisa julgada e (iii) reflexos em relação ao processo coletivo, diante do controle de constitucionalidade difuso e incidental.

5) Por tais razões, é mais conveniente não se modificar aspectos de um complexo instituto – e cuja atual solução é bem compreendida e razoavelmente aceita pela comunidade jurídica (*quieta non movere*). Ou seja, propõe-se a manutenção do sistema atual, com a restrição do limite objetivo da coisa julgada à questão principal – devendo existir pedido expresso para que a questão prejudicial possa vir a ser coberta pela coisa julgada.

6) Não obstante, acaso entenda-se que a proposta de ampliação dos limites objetivos da coisa julgada deva permanecer no Novo CPC, então se sugerem alterações

em dispositivos legais. Para que só haja a incidência da coisa julgada sobre a questão prejudicial desde que (i) mediante prévia manifestação das partes e (ii) diante de expressa menção da questão prejudicial no dispositivo da sentença. No mais, propõe-se que seja excepcionada essa regra em relação aos processos coletivos.

7) Isso de modo a se ter o mínimo de segurança – às partes e terceiros – para se saber qual parte da decisão será ou não coberta pela coisa julgada.

Referências

BRASIL. Ministério da Justiça do Brasil. *Debate público*: Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://participacao.mj.gov.br/cpc/>>. Acesso em: 01 jul. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 1.096.456*, de 18 de junho de 2009a. Relatora Ministra Eliana Calmon. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=894813&sReg=200802168777&sData=20090701&formato=PDF>. Acesso em: 01 jul. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº 511.961*, de 17 de junho de 2009b. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=511961&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 01 jul. 2011.

DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi. *Das sentenças definitivas que não são cobertas pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, Departamento de Direito Processual, São Paulo, 2006.

_____. *Evolução do controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro: rumo ao controle concentrado?* Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Departamento de Direito do Estado, São Paulo, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 3.

ESTELLITA, Guilherme. *Da coisa julgada*. Rio de Janeiro: Livro do Vermelho, 1936.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2 e v. 3.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvidino Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. *Coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004a.

_____. A coisa julgada. In: _____. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. et al. Esperando a efetiva audiência pública do novo CPC. In: *Migalhas*, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI106678,101048-Esperando+a+efetiva+audiencia+publica+do+novo+CPC>>. Acesso em: 01 jul. 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 416, p. 9-17, jun. 1979.

_____. O novo processo civil brasileiro. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao CPC*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 3.

RODRIGUES, Walter Piva. *Coisa Julgada Tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SALLES, Sérgio Luiz Monteiro. Evolução do instituto do caso julgado: do processo romano ao processo comum. *Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas*, São Paulo, v. 3, n. 3, p. 173-200, ago. 1989.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

O contraditório cooperativo no novo Código de Processo Civil

Marcus Vinicius Furtado Coêlho

Postulados constitucionais¹, o contraditório e a ampla defesa estão devidamente albergados no projeto do novo Código de Processo Civil, garantindo sua essencialidade para a distribuição de justiça com qualidade e para a segurança jurídica. Um dos resultados úteis do processo é justamente o assegurar da plenitude da defesa.

O código processual vigente é inspirado na teoria que estrutura a ciência processual nos institutos da jurisdição, da ação e do processo. Consoante abalizada crítica, “não é usual que se conceda à defesa o mesmo papel de relevo que se dá à trilogia consagrada” (SÁ; MARIA, 2005, p. 91). No projeto do novo Código, a defesa e os demais princípios constitucionais processuais alcançaram proteção especial, sendo capítulo inaugural da proposta de legislação codificada.

Inerente à própria noção de processo, o contraditório é corolário da audiência bilateral e indispensável ao exercício do poder jurisdicional. Em decorrência, a relação processual apenas se completa com o chamamento do réu a juízo, quando surge a condição de preparar o provimento judicial.

Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa possuem

Marcus Vinicius Furtado Coêlho é Secretário Geral da OAB Nacional, membro da Comissão de Juristas do Senado federal que elaborou o projeto do novo CPC, Doutorando em Direito Processual pela Universidade de Salamanca, autor, entre outros, de *Processo Civil Reformado*, Ed. Forense, e *Direito Eleitoral e Processo Eleitoral*, Ed. Renovar.

¹ Constituição Federal, inciso LV do artigo 5º: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes;”

elementos indissociáveis. Assim, “o contraditório se efetiva assegurando-se os seguintes elementos: a) o conhecimento da demanda por meio de ato formal de citação; b) a oportunidade, em prazo razoável, de se contrariar o pedido inicial; c) a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário; d) a oportunidade de estar presente a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar; e) a oportunidade de recorrer da decisão desfavorável” (GRECO FILHO, 1996, p. 90).

A essencialidade do contraditório é ressaltada por Enrico Tullio Liebman (apud MARCATO, 1980, p. 111), para quem “a garantia fundamental da Justiça e regra essencial do processo é o princípio do contraditório, segundo este princípio, todas as partes devem ser postas em posição de expor ao juiz as suas razões antes que ele profira a decisão. As partes devem poder desenvolver suas defesas de maneira plena sem limitações arbitrárias, qualquer disposição legal que contraste com essa regra deve ser considerada inconstitucional e por isso inválida”.

A essencialidade da defesa é ressaltada pela doutrina, que entende a citação como pressuposto da própria existência da relação jurídico-processual (NERY JUNIOR; NERY, 2007), embora, para muitos, o processo já exista antes da angularização, sendo a citação adequada requisito de sua validade (DINAMARCO, 2009, p. 55-56); para outros, a falta de citação não significa a inexistência do processo (ARENHART; MARINONI, 2004, p. 124-125).

Tal qual a dialética, poder-se-ia qualificar o processo como a busca da verdade procurada. O Estado-Juiz objetiva elaborar a síntese a partir da síntese e antítese das partes. As partes são agentes colaboradores para a distribuição da justiça. Embora visando seu interesse, a parte colabora na resolução da controvérsia. A Justificativa do anteprojeto elaborado pela Comissão

de Juristas² aduz, com propriedade, que “a necessária observância do contraditório é enfatizada não só como sinônimo de defesa, mas de colaboração”.

Para o processo cooperativo (MITI-DIERO, 2009), a cooperação mútua entre autor – juiz – réu viabiliza a legítima concretização do *actum trium personarum*. O diálogo paritário entre todos os atores do processo passa a ser o fundamento do desenvolvimento processual, negando-se ao Estado-Juiz a posição autoritária ou absolutamente inerte. Sendo a decisão judicial um ato de poder, essencial a sua legitimação a participação isonômica e assimétrica dos envolvidos no processo.

O contraditório há de ser compreendido hodiernamente à luz do formalismo valorativo do direito processual (ALVARO DE OLIVEIRA, 1999, p. 135-150). O contraditório não é apenas uma garantia processual das partes como também uma garantia da jurisdição. A concepção tradicional ou estática é complementada pela concepção publicística ou dinâmica. Para além da tradicional compreensão que expressa a ciência e a possibilidade de contrariar os atos e termos do processo, o contraditório é um auxílio na construção da verdade material, comprometida com a realização da justiça, efetuando um constante e verdadeiro diálogo entre as partes – e destas com o Juiz, posicionando-se todos no mesmo patamar de hierarquia.

O Juiz deve respeitar e se sujeitar ao contraditório. Surgem ao julgador os deveres de esclarecimento, prevenção, auxílio e diálogo. Esclarecer para oportunizar às partes

² A Comissão de Juristas do Senado, presidida pelo Ministro Luiz Fux e relatada por Teresa Arruda Wambier, elaborou anteprojeto do Código de Processo Civil, apresentado pelo presidente do Senado José Sarney na forma do PLS n. 166, de 2010; após célere e intensa tramitação, o Senado aprovou o projeto, nos termos do Voto do Relator Senador Valter Pereira, cujo relatório expressa que “o projeto é meritório e merece ser aprovado”, fazendo-se necessário apenas “alguns ajustes pontuais no sentido de suprimir, alterar ou incluir dispositivos”.

que torne clara a sua manifestação. Prevenir para advertir à parte que determinada atitude pode gerar a concessão ou denegação de tutela almejada. Auxiliar no sentido de retirar empecilhos à concessão da tutela. Dialogar para evitar surpresas, possibilitando o amplo debate sobre as questões relevantes para a adoção de posição.

No projeto de novo CPC, tal contraditório cooperativo, ou efetiva participação das partes na legitimação do exercício da atividade jurisdicional, torna-se obrigação formal. No art. 5º é assegurado o direito das partes “de participar ativamente do processo, cooperando com o juiz e fornecendo-lhe subsídio para que profira decisões”. O art. 8 impõe “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”.

Neste diapasão, são deveres das partes expor os fatos em juízo conforme a verdade, proceder com lealdade e boa-fé, não formular pretensões e alegações destituídas de fundamento, não produzir nem praticar atos inúteis ou desnecessários, informar endereço atualizado para recebimento de intimações e cumprir com exatidão as decisões judiciais – art. 80. A negativa de cumprimento de decisões judiciais configura ato atentatório ao exercício da jurisdição e acarreta multa de até 20% do valor da causa – art. 80, par. 1º, além de responsabilização criminal, civil e processual. Em decorrência, considera-se litigante de má fé quem alterar a verdade dos fatos, opuser resistência injustificada ao andamento do processo, proceder de modo temerário, provocar incidentes infundados, entre outras hipóteses – art. 83.

O projeto do novo CPC garante 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. Estabelece a regra da oitiva prévia para adoção de decisão – art. 9º. E, de modo mais alvissareiro e inovador, assegura a prévia manifestação em relação a qualquer fundamento de decidir, em todo grau de jurisdição, “ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício” – art. 10.

Emblemático reconhecimento da essencialidade da ampla defesa pode ser encontrado no capítulo inovador que versa sobre o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, quando se cria um procedimento que inicia com a citação do sócio e da pessoa jurídica para se manifestar e requerer as provas cabíveis – art. 78. O incidente será resolvido por decisão própria, de natureza interlocutória que desafia o agravo de instrumento – art. 79.

Assegurando o acesso à amplitude da defesa, o projeto prevê a declaração de ofício da nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, declinando a competência para o domicílio do réu – art. 63, par. 4º; bem assim veda a eleição de foro nos contratos de adesão e naqueles em que uma das partes esteja em situação que lhe impeça ou dificulte opor-se ao foro contratual – art. 63, par. 3º.

O profissional defensor do cidadão, o advogado, é valorizado pelo projeto de CPC. Assegura-se a natureza alimentar dos honorários e seu caráter de direito próprio, fixam-se percentuais nas causas contra a Fazenda, garantem-se honorários no caso de sucumbência recíproca, faz-se a previsão de novos honorários para cada nova instância que o profissional fica obrigado a trabalhar, elevando-se o limite da sucumbência para 25%, os prazos são contados apenas em dias úteis e os prazos processuais suspensos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro. Ao tratar com dignidade o advogado, o novo Código protege o cidadão, beneficiário da prestação jurisdicional efetiva e de qualidade, e assegura a ampla defesa.

No dever de cooperação, é previsto ônus ao advogado em informar ou intimar as testemunhas arroladas pela parte que representa quanto ao local, dia e horário da audiência designada, dispensando-se a intimação do juízo – art. 441. A parte pode comprometer-se em levar a testemunha à audiência. A não intimação ou o não comparecimento da testemunha importará em presunção de desistência da sua oitiva. As testemunhas, que deverão ser indicadas na petição inicial e na contestação, não poderão servir como instrumento procrastinatório, contribuindo as partes e advogados para a celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. A intimação judicial somente se fará quando a parte demonstrar a necessidade ao Juiz, for hipótese de servidor público ou a parte estiver representada pela defensoria pública, responsável pela defesa dos necessitados economicamente.

Simbolizando o novo momento da ciência processual e a necessidade de o julgador participar ativamente do diálogo processual, o projeto de CPC atribui ao Juiz a distribuição do ônus da prova de modo diverso ao previsto na norma, “impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la”, devendo considerar “as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado” – art. 358. Como ensina abalizada doutrina, “o princípio do contraditório, na atualidade, deve ser desenhado com base no princípio da igualdade substancial, já que não pode se desligar das diferenças sociais e econômicas que impedem a todos de participar efetivamente do processo” (MARINONI, 1996, p. 147). Tal inversão de ônus não é permitida nas hipóteses de direito indisponível e de dificuldade excessiva para a parte exercer o direito – art. 359, parágrafo único.

O novo CPC, aprovado pelo Senado e em tramitação na Câmara dos Deputados, prestigia a ampla defesa e o contraditório cooperativo, dando concretude aos postulados constitucionais e impondo às partes e ao julgador direitos e deveres que se harmonizam com a necessidade da colaboração por um processo substancialmente justo, realizador do direito e pacificador do corpo social. Um processo que busque responder às exigências e necessidades do milênio que ainda se inicia, não contente com as verdades formais, mas em busca da realidade o quanto possível, à procura de justiça.

Referências

- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.
- _____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 11. ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 1996. v. 2.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. In: MARCATO, Antônio Carlos. *Preclusões: limitação ao contraditório? Revista de Processo*, São Paulo, ano 5, n. 17, p. 111, 1980.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: RT, 2007.
- SÁ; Radamés de; MARIA, Djanira. *Teoria geral do Direito processual civil*. 3. ed. Belo Horizonte: EDUFU, 2005.

El rol del juez en el anteproyecto del nuevo Código de Proceso Civil Brasileiro *

Margarita de Hegedus

Sumario

I) Introducción, II) Iniciativa probatoria: A) Aportación de prueba e iniciativa probatoria: B) límites: 1. Respecto de los medios de prueba, 2. Respecto de los hechos a probar, III) Cargas probatorias dinámicas, IV) Conciliación. V) Primeras reflexiones

I) Introducción

Un primer análisis sobre las disposiciones que el anteproyecto dispensa a la figura y rol del juez, nos permite afirmar, a modo de introducción, que Brasil ha diseñado para el proceso civil un juez activo, director del proceso, con amplias facultades procesales, para la tramitación y resolución del conflicto sometido a su conocimiento, siguiendo la línea del código vigente y profundizándola en algunos aspectos.

Se percibe, entonces, un juez al que se le impone ejerza en profundidad sus poderes deberes desde el comienzo del proceso hasta el dictado de sentencia y su eventual ejecución.

En este aporte, habremos de tratar de contribuir a la interpretación del rol del juez en dos aspectos que entiendo importantes: los probatorios y en la conciliación.

En relación a los aspectos probatorios dos son los temas que habremos de relevar. En primer lugar respecto de la iniciativa probatoria que se le asigna y en segundo

Prof. Dra. Margarita de Hegedus es Miembro de los Institutos Iberoamericano y Uruguayo de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal; Profesora Titular de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo; Codirectora de la Revista Uruguaya de Derecho Procesal.

* Sem revisão do Editor.

lugar, su participación en la distribución de la carga de la prueba.

En el tema conciliación haremos una breve descripción en cuanto a su regulación y cuales son a nuestro juicio las fortalezas y debilidades del sistema implementado.

II) Iniciativa probatoria

A) Aportación de parte e iniciativa probatoria

El anteproyecto en análisis asigna iniciativa probatoria al tribunal, con lo que adopta, al igual que en el código procesal vigente, la figura de un juez activo, cuyas potestades probatorias exceden las llamadas diligencias para mejor proveer que usualmente proveían los códigos procesales para que el juez al momento de fallar pudiera complementar la prueba.

Como nos enseña el profesor argentino Roberto Berizonce: *“en la valoración de las distintas actitudes que puede asumir el juez en la sociedad contemporánea, superado el modelo tradicional que lo concebía como instrumento meramente pasivo, vocero inanimado de la voluntad general, el denominado “activismo judicial” intenta responder a las reales y concretas exigencias de una sociedad globalizada, democrática, pluralista, dinámica y participativa”*.¹

La iniciativa probatoria asignada al tribunal, no altera el régimen general en materia de introducción de elementos probatorios en el proceso civil. El principio dispositivo que informa el proceso civil se manifiesta asimismo, en que la actividad de proposición de la prueba corresponde principalmente a las partes.

En tal sentido el art. 257 del anteproyecto, indica como principio general, que las pruebas se practicarán a instancia de parte. Em tal sentido expresa: *“As partes tem direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda não especificados neste Código, para provar fatos em que se funda*

¹ Cf. Roberto Berizonce: *“Recientes tendencias en la posición del Juez”*, en *“El Juez y la Magistratura – Tendencias en los albores del siglo XXI”*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, julio de 1999, pág. 58.

a ação ou a defesa e influir eficazmente na livre convicção”.

Por su parte el art. 258, señala: *“Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento da lide”*.

“Paragrafo único: O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

El anteproyecto mantiene, entonces, el principio general de que son las partes las que aportan los medios probatorios al proceso, sin perjuicio de regular también la iniciativa probatoria del Juez. Con ello se acompasa la figura del juez con el rol activo y directivo que le confiere en general el ordenamiento procesal, adecuándose cómodamente a la máxima de cooperación aludida por la doctrina.

Como señala Humberto Theodoro Junior, *“... o juiz, no processo moderno, deixou de ser simples árbitro diante do duelo judiciário travado entre os litigantes e assumiu poderes de iniciativa para pesquisar a verdade real e bem instruir a causa”*.²

La atribución de un papel más activo al juez en el seno del proceso civil no atenta con el principio de aportación de parte, con el que convive. Y se compensa, sin dudas, con el dictado de fallos más eficientes.

Este rol del Juez, puede verse, como el reverso del deber de colaboración impuesto a las partes. A éstas se les requiere prestar su concurso a la Justicia para la mejor realización de las actividades procesales, y al tribunal se lo dota del poder de colaborar con éstas en la búsqueda de la verdad, respetando las garantías del contradictorio y de la defensa.

Es sabido que parte de la doctrina procesal sostiene que esta asignación de iniciativa probatoria al tribunal afecta su imparcialidad y viola el principio de igualdad con el que ha de protegerse a ambas partes en el proceso.

No comparto esa posición.

² Cf. Humberto Theodoro Junior, en *Curso de Direito processual Civil Volume I* 51ª Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2010 pag. 427.

La asignación de potestades probatorias al tribunal, junto a la iniciativa y cargas probatorias de las partes, no implica una eventual violación de la imparcialidad o de la igualdad de tratamiento de los litigantes, pues como nos enseñó José Carlos Barbosa Moreira, “A diferencia de lo que sugiere una larga tradición, alimentada con las ideas típicas del liberalismo clásico, refractario a cualquier intervención del Estado en el juego de la “libre concurrencia”, imparcialidad no significa indiferencia del juez respecto al resultado del proceso. El juez no puede dejar de tener interés en que su sentencia sea justa y, por consiguiente, en que la actividad procesal le suministre, en lo posible, los medios necesarios para decidir bien. No sería razonable acusarlo de parcial por el solo hecho de que, ejerciendo los poderes otorgados por la ley, y respetando las garantías de la defensa, tome las iniciativas que le parezcan indispensables en miras a la aclaración de los hechos, aunque el éxito de las providencias de instrucción por él ordenadas venga a beneficiar, en definitiva, a uno de los litigantes. De lo contrario, también la abstención del órgano judicial, al fin y al cabo, comprometería su imparcialidad, en tanto y cuanto resultaría benéfica para la otra parte. Lo que se opondrá a la exigencia de igualdad es que el juez se ciña a tomar la iniciativa únicamente cuando existan razones objetivas serias para suponer que la prueba favorezca a una de ellas”.³ Más adelante agrega: “... que no se logrará jamás suprimir o reducir la desigualdad material de las partes sin que el órgano judicial asuma decididamente un papel más activo en el proceso”.⁴

B) Límites de la iniciativa probatoria del tribunal

Cabe preguntarse, si la iniciativa probatoria del tribunal tiene límites o no y en caso de tenerlos, donde se encontrarían los mismos. Si requiere consagración legal, o ellos surgen de la aplicación e interpretación de la normativa procesal.

³ José Carlos Barbosa Moreira, “La igualdad de las partes en el proceso civil”, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal Nº 2/1987, pág. 118, Editora Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1987.

⁴ Ob.cit., pág. 122.

Entiendo que la iniciativa probatoria debe encuadrarse dentro de ciertos lentes, justamente para no afectar su imparcialidad.

Analizaremos su existencia o no en dos aspectos. El primero que tiene que ver con los medios probatorios y el segundo con los hechos que se pretendan probar por su iniciativa.

1. Respecto de los medios de prueba

Nos preguntamos ahora, si la iniciativa probatoria del tribunal tiene límites en cuanto al medio probatorio a diligenciar por su solicitud.

En el anteproyecto, no existe norma expresa que limite la iniciativa en cuanto a los medios probatorios, por lo que analizaremos en los capítulos referentes a cada medio de prueba en particular, si se le asignan potestades de oficio al tribunal en materia probatoria.

En sede de *declaración de parte* el art. 364 expresa:

“Cabe a parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de ser interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poderá do juiz de ordená-lo de ofício”.

En la *exhibición de documento o cosa* el art. 375 admite:

“O juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa que se ache em seu poder”.

En relación a la *inspección judicial*, el art. 463 señala:

“O juiz de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse a decisão da causa”.

En *prueba pericial*, el art. 460 en sede de prueba pericial consigna:

“O juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento de parte, a realização de nova perícia quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida”.

En la *regulación de prueba testimonial*, el art. 440, expresa:

“O juiz pode ordenar, de ofício ou a requerimento da parte:

I – A inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas:

II – A acareação de duas ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte, quando, sobre fato determinado que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações.”

Por lo que podría concluirse que no existe respecto de los medios probatorios límites al tribunal a su respecto, sin perjuicio de tomar en cuenta, por ejemplo en materia de prueba documental, que difícilmente el juez pueda solicitar la agregación de documentos, en la medida en que desconocerá su existencia, salvo que alguna de las partes haga referencia a determinado documento, y que el juez entienda pueda ser agregado por alguna de las partes. En todas estas hipótesis habrá que evaluar, muy precisamente, a quien hubiera correspondido la agregación del mismo de acuerdo a la disponibilidad que sobre el mismo tenía cada una de las partes. Por ello, el art. 375 limita la intimación del documento a la parte que lo tiene en su poder.

Ahora bien, en Uruguay, con normas similares, se ha discutido mucho acerca de si la iniciativa probatoria del tribunal, podía o no ejercitarse en hipótesis de que las partes no hayan realizado aporte probatorio alguno. Esto es, si la actividad de tribunal en esta materia sólo puede ser “complementaria” de la desarrollada por las partes, o bien, absolutamente independiente de la misma.

Las posiciones a favor de una y otra tesis, son numerosas, sin perjuicio de lo cual, entiendo que esta facultad que se le otorga al Juez, no está dada para suplir la negligencia de las partes o de alguna de ellas. La finalidad no puede ser otra que la de que el Juez, mediante el diligenciamiento de algún medio de prueba, logre aproximarse a la verdad material, a la solución más cercana a la realidad con lo que se obtendrá un fallo sustancialmente justo y no solo formalmente ajustado a derecho. Pero ello no implica que supla la falta de interés de las partes,

y deje de lado la regla en materia de carga de la prueba.

2. Respecto de los hechos a probar

En relación a los hechos que pueden ser objeto de prueba por iniciativa del tribunal, entiendo que existen límites claros impuestos al tribunal.

El juez únicamente podrá recaer prueba de oficio, sobre los hechos alegados por las partes, sólo podrá ejercer su iniciativa probatoria respecto de esos hechos.

Y ello en tanto tiene plena vigencia el principio dispositivo en el diseño del objeto del proceso y de la prueba, lo que le impide al tribunal aportar probanza sobre hechos que no estén comprendidos en dichos objetos, cuya delimitación resulta de los actos de proposición de los litigantes, siendo tarea que le es ajena.

El juez no podrá, ni directa ni indirectamente aportar hechos al proceso, mediante la proposición de diligenciamiento de algún medio de prueba. De hacerlo se violaría el principio de congruencia lo que resulta inadmisibles en un proceso civil informado por el principio dispositivo.

De acuerdo a jurisprudencia uruguaya en este punto debe tenerse presente la vigencia general del adagio “*da mihi factum dabo tibi ius*”, en función del cual son los sujetos interesados quienes, en principio, conocen los hechos relevantes para la decisión del conflicto, encontrándose, por ende, en mejores condiciones para realizar el aporte probatorio. Este aspecto hace esencialmente distintas las situaciones jurídicas de los sujetos del proceso y determina el natural acotamiento de los poderes del tribunal en relación a su iniciativa probatoria, en tanto el órgano judicial resulta vinculado al relato fáctico que realicen las partes.⁵

Tampoco podrá de conformidad a lo regulado en el art. 264 del anteproyecto, probar los hechos que según dicho artículo no requieren prueba.

⁵ Sentencia nº 261 de fecha 4 de octubre de 2007, publicada en RUDP 1-2/2009 caso 825 pág. 447.

Por tanto, tampoco podrán ser objeto de prueba mediante el diligenciamiento de medios de prueba ordenados por el tribunal, por ejemplo, los hechos admitidos en el proceso como no controvertidos.

Ejemplo de esta situación la encontramos en los arts. 340 inciso primero y 342 del anteproyecto.

El art. 340 inciso primero, expresa: *“Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial, presumindo-se verdadeiros os ñao impugnados...”*

Y el art. 342 en sede de Rebeldía, señala: *“Se o réu ñao contestar a ação, considera-se verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”.*

Por tanto, si el demandado al contestar la demanda no se pronuncia en forma expresa respecto de algún o algunos de los hechos afirmados por el actor en su demanda, esos hechos no podrán ser objeto de prueba, y por tanto, tampoco podrán ser objeto del diligenciamiento de ningún medio de prueba ordenado por el tribunal, en uso de su iniciativa probatoria. Igual situación, ocurre en caso de rebeldía del demandado, conforme al art. 342 citado.

Naturalmente que en el ejercicio de su iniciativa probatoria el tribunal también se encontrará limitado por pruebas inadmisibles, inútiles o retardatorias. Y además, no podrá prescindir de las garantías de defensa de los litigantes, en tanto habrá de admitir el control que las partes hagan de la prueba ordenada de oficio por el tribunal, ya sea solicitando contrapruebas, pronunciarse sobre la valoración, etc.

Asimismo, la producción de prueba de oficio tampoco puede implicar desconocimiento del régimen legal de valoración de la prueba; ni involucrar el empleo del saber privado del Juez; ni soslayar preclusiones operadas como sanción al litigante no colaborador o negligente⁶. En Uruguay, analizando la iniciativa probatoria del juez, la jurisprudencia ha indicado que la misma

⁶ Cf. Luis María Simón, *“El proceso laboral luego del Código General del Proceso”* pub. en Revista Judicatura N° 40, Ed. F.C.U., Montevideo, agosto de 1999, pág. 202.

no faculta al Juez a desconocer el sistema de plazos, preclusiones y caducidades establecidas por el Código, que representa un régimen de garantías para las partes⁷ posición enteramente aplicable a la normativa proyectada.

En el anteproyecto que estamos analizando, no encontramos normas que expresamente condicionen o limiten el ejercicio de la iniciativa probatoria del tribunal.

Uruguay, en su Código General del Proceso, tampoco las tiene.

Por ello me parece oportuno, ya que estamos analizando un anteproyecto de código, consignar en este trabajo, la solución de España en este punto.

El art. 429.1.II y III LEC, establece: *“Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal”.*

Analicemos su regulación.

En primer lugar, la norma marca una primera exigencia: la necesidad de el Juez se pronuncie, en forma previa, sobre la suficiencia o insuficiencia de las pruebas ofrecidas.

Para ello deberá efectuar un análisis previo sobre las pruebas ofrecidas por las partes, y que de ese análisis surja, en su opinión, que las mismas puedan resultar insuficientes.

En este análisis que el juez civil debe realizar sobre la prueba propuesta, deberá tomar en cuenta el conjunto de pruebas ofrecidas, a efectos de definir la suficiencia

⁷ Cf. Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er. Turno, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal N° 4/2000, c. 317, pág. 622 con cita doctrinaria de Enrique Vescovi y otros, en op. cit., Tomo 1, pág. 337.

o insuficiencia de los medios probatorios propuestos.

De darse esta última hipótesis, es decir encontrar insuficiente la prueba ofrecida por las partes, deberá así hacerlo saber, de forma tal que el proceso puede conducir a una resolución del conflicto más justa.

Una segunda exigencia o limitación que impone el texto legal español refiere a que el juez no puede ordenar medios de prueba sobre fuentes probatorias que no consten en autos.

Y esta limitación es al decir del profesor español Pico Junoy la garantía para los justiciables que evita que el juez pueda actuar inquisitivamente, buscando pruebas más allá de las libremente introducidas por las partes.⁸

El artículo analizado contiene dos acciones diferenciadas. La primera tiene que ver con la emisión de un juicio sobre la suficiencia probatoria. La segunda está encaminada a introducir pruebas que el juez considere conveniente.

Los términos en que está redactado el artículo español no permite concluir acabadamente si se trata de una sugerencia formulada al tribunal o una verdadera iniciativa probatoria, si es facultativo o de obligado cumplimiento por el juez.

La duda surge del propio artículo al señalar que «*cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes...*»

En mi opinión, podrá discutirse la obligatoriedad o no de la primera, esto es de pronunciarse acerca de la suficiencia o no de los medios ofrecidos por las partes, Lo que si parece claro es que la introducción de medios de prueba por el tribunal si es facultativa, ya que la forma en que está redactado el artículo, «*podrá señalar también*

la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente», siempre que se ciña a los elementos probatorios que resulten ya en autos, no deja lugar a dudas.

Otra duda que pueda plantearse en relación a esta iniciativa probatoria por insuficiencia de prueba, es si puede igualmente aplicarse, en hipótesis de ausencia de prueba. Esto es, cuando las partes, o alguna de ellas, no ofrecen prueba.

En mi opinión, la iniciativa probatoria, no puede suplir la ausencia de prueba, cualquiera que sea la razón que tuvo esa parte para no ofrecer medios de prueba. Como ya lo indicamos más arriba, la finalidad de la norma no está dada para suplir la negligencia o el desgano de la parte, sino el de tratar de llegar a un conocimiento mejor de los hechos alegados y controvertidos. Si la parte eligió no aportar prueba sobre un hecho determinado, el tribunal, al igual que si se tratara de un hecho admitido, no podrá ordenar el diligenciamiento de medio de prueba alguno en ese aspecto.

Con lo reseñado, aporte español incluido, se podría analizar la conveniencia o no de incluir en el texto legal, los límites precisos a su actuación en materia de iniciativa probatoria, o bien dejarlo librado al análisis que efectuará el tribunal en cada caso, sin constreñir sus facultades.

III) Cargas probatorias dinámicas

Es sabido que la carga de la prueba es el imperativo que pesa sobre cada litigante de suministrar la prueba de un hecho controvertido mediante su propia actividad, si quiere evitar perder el juicio.

La oportunidad de su relevo será en el momento en que el Juez va a dictar sentencia. En ese momento, si encuentra que no existen en el expediente suficientes elementos de juicio que lo convenzan de la existencia de un determinado hecho, decidirá en contra de quien debía probar y no lo hizo. Es decir que la carga de la prueba es un parámetro decisorio que indica quien

⁸ Pico Junoy, Joan en: El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado, Revista Uruguaya de Derecho Procesal N° 3/2003, pág. 407, Ed. F. C.U. Montevideo, 2005

debe probar y prescribe, que si no probó, el juez resuelve contra es parte, que debía probar y no lo hizo.

El anteproyecto regula en su art. 261, la regla general en materia de carga de la prueba. En tal sentido expresa:

Art. 261: Regla general

O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Por su parte el art. 262 consagra, a texto expreso, la teoría de las cargas probatorias dinámicas. La alteración del “*onus probandi*”, a quienes se encuentren en mejores condiciones de probar.

“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. 261 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.

Como es sabido el desplazamiento de la carga probatoria a quien se encuentre en mejores condiciones de probar el hecho de que se trate, constituye doctrina recibida, que sin embargo importa un apartamiento excepcional de las normas legales en materia de carga de la prueba. Ponderando las circunstancias de cada caso, la carga de la prueba se desplaza del actor al demandado o viceversa, evaluando quien se encontraba en mejores condiciones de probar un hecho controvertido y no lo hizo. Desde el punto

de vista de los litigantes se trata de una regla que impone una suerte de colaboración para la recolección del material probatorio.

La teoría de las cargas probatorias dinámicas opera como fórmula de corrección de los criterios sobre la carga de la prueba, que funciona en casos de excepción, permitiendo efectuar las correcciones que corresponda a cada caso concreto, habilitando a considerar la conducta de quien teniendo en su poder los medios idóneos de prueba no los produce. Resulta entonces evidente que esta teoría o tesis se funda en la aplicación de los principios generales de buena fé y lealtad procesal así como el deber de colaboración en la información y comprobación de los hechos objeto del proceso.

Como se concluyó en Argentina en el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado en Termas de Rio Hondo en el año 1993, sólo debe recurrirse a la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas cuando la aplicación de la regla general arroje consecuencias manifiestamente disvaliosas. Allí se consignó: “Dicho apartamiento se traduce en nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria ceñidas a las circunstancias del caso y renuentes a enfoques apriorísticos (tipo de hecho a probar, rol del actor o demandado, etc.). Entre las referidas nuevas reglas se destaca aquella, consistente en hacer recaer el “*onus probandi*” sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva. Se debe ser especialmente cuidadoso y estricto a la hora de valorar la prueba allegada por la parte que se encuentre en mejor situación de producirla porque, normalmente, la misma también está en condiciones de desvirtuarla o desnaturalizarla en su propio beneficio”.⁹

Se desplaza, entonces, la carga de la prueba en base al principio de solidaridad y colaboración que se reclama al litigante que dispone de la misma y por tanto, se en-

⁹ Hacia Una Justicia Mas Efectiva, XVII Congreso Nacional de derecho procesal, Del 19 al 22 de mayo de 1993 termas de Rio Hondo, Santiago del Estero, Ed. La Ley pag. XLI

cuentra en mejores condiciones de ilustrar al juez en la búsqueda de la verdad.

Resulta incuestionable la base solidarista de esta regla, al propugnar una actividad de cooperación de las partes con el tribunal en orden a la investigación de los hechos que el juez debe esclarecer.

La regulación en el Anteproyecto contempla adecuadamente la preocupación de quienes advertían que el cambio en la regla de la distribución de la carga de la prueba, podía afectar la garantía de defensa en juicio.

En efecto, al establecer, que el Juez, en caso de entender aplicable esta diferente distribución de la carga de la prueba, debe advertirlo oportunamente a las partes, y asimismo, *“deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído”*, otorga suficientes garantías para la debida defensa de quien se pueda sentir afectado.

Esta era la solución que propiciaba la doctrina argentina para evitar que el litigante a quien se le cambiaban las reglas del juego no se encontrara en una emboscada.

Y para ello propiciaban: *“Ello podrá tener lugar si imponemos al juez el deber de anticipar su criterio en tema de distribución de la prueba de modo que el ahora cargado sepa con seguridad que la jurisdicción espera su aporte probatorio-dinámico, solidarista y de colaboración exigida-bajo pena de aceptarse la afirmación fáctica de su contrario”*.¹⁰

Y también a este desplazamiento de la carga probatoria se refería el profesor Humberto Theodoro Junior, analizando la distribución dinámica de la carga de la prueba en el código procesal vigente, donde con acierto señala que si bien el código no consagra las cargas probatorias dinámicas, la experiencia de vida muestra que las causas disputadas en juicio no siempre permiten una satisfactoria separación entre los hechos constitutivos y los extintivos de derecho en compartimentos estancos. Y por ello en doctrina y jurisprudencia, sobretudo

referido a acciones de responsabilidad civil, en situaciones de prestaciones de servicios técnicos como médicos, dentistas u otros de igual complejidad se ha admitido una flexibilización del rigor en la distribución de la carga de la prueba que impone el art. 333 citado.¹¹

Uruguay no tiene regulado expresamente la posibilidad del desplazamiento de la carga de la prueba a quien se encuentre en mejores condiciones de probar, pero esta tesis ha sido recogida en varias oportunidades por nuestra jurisprudencia, en casos de responsabilidad médica, responsabilidad profesional en general y también en acciones por simulación.

Pero lamentablemente, la oportunidad en que dicha circunstancia se releva es en etapa de valoración de la prueba producida, previo al dictado de sentencia. No se resuelve previamente ni se le formula advertencia alguna a las partes, lo que ha llevado a parte de la doctrina a manifestarse en contra de su aplicación.

Ahora bien, volvamos al análisis del art. 262 del anteproyecto.

Los requisitos exigidos en el texto legal para la aplicación de las cargas probatorias dinámicas son:

- a) El análisis previo del tribunal respecto a las circunstancias y particularidades del proceso respecto de los hechos a probar
- b) En base a ese análisis el juez puede, distribuir la carga de la prueba de forma diferente, a la tradicional regulada en el art. 267, imponiéndosela a quien este en mejores condiciones de producirla.
- c) Dicha atribución debe formularla en decisión fundada.
- d) Debe, asimismo, otorgar, a la parte a quien se la atribuye, la oportunidad de poder efectivizarla adecuadamente.

¹¹ Humberto Theodoro Junior, en Curso de Direito Processual Civil Volume I 51ª Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2010 pag. 423

¹⁰ Hacia Una Justicia, ob.cit. pag.: 500

e) No podrá invertir la carga de la prueba en las hipótesis del art. 263, esto es si la pretensión deducida en el proceso versare sobre derechos indisponibles o dicho cambio tornase excesivamente difícil para una parte el ejercicio de su derecho.

Como puede apreciarse, resulta una garantía para las partes, que la decisión del juez sea fundada, explicitando las circunstancias del caso y consecuentemente el porqué desplaza la carga de una parte a la otra.

También resulta una garantía para las partes, que se haya consignado expresamente, la oportunidad que debe otorgarse a quien ahora deberá probar hechos que, cuando se presentó la demanda o contestación, no le correspondía probar de conformidad a la regla sobre carga de la prueba del art. 261.

Y finalmente, un límite a esa facultad que se le concede al juez lo constituye la materia indisponible de los derechos debatidos así como la excesiva dificultad que ello pueda acarrear a la parte a quien se le pretenda atribuir, ambas hipótesis enteramente compartibles.

Lo que no está expresamente previsto, o mi escaso conocimiento del portugués me impidió encontrarlo, es en qué oportunidad el Juez deberá formular esa manifestación.

Una posible, y tal vez la más adecuada sea en oportunidad del saneamiento del proceso que regula el art. 354. Este artículo bajo el nomen iuris "Del saneamiento del proceso", expresa que no ocurriendo ninguna de las hipótesis previstas en las secciones del capítulo (X) declarando saneado el proceso, "delimitará os pontos controvertidos sobre os quais deverá incidir a prova, especificará os meios admitidos de sua produção, designará audiência de instrução e julgamento".

Esta sería una buena oportunidad para que la parte a quien se le atribuya la carga de probar, pueda defenderse adecuadamente y desembarazarse de la carga que

le fue atribuida, en aplicación de las cargas probatorias dinámicas.

IV) El juez y la conciliación

El anteproyecto prioriza, sin lugar a dudas, la conciliación como medio alternativo al fallo judicial, para la solución del conflicto sometido a la justicia.

Regula dos oportunidades específicas para que el juez intente la conciliación entre las partes, sin perjuicio de la facultad de proponerla en cualquier momento.

Las oportunidades expresamente previstas se encuentran reguladas en los arts. 333 y 355:

El art. 333 dispone que después de admitida la demanda, *o juiz designará audiência de conciliação com antecedência mínima de quinze dias*.

El art. 355, por su parte prescribe; "... *Parágrafo único. Logo após a instalação da audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente de ter ocorrido ou não tentativa anterior*:"

Y en general, en cualquier oportunidad: el art. 107 dentro del capítulo que regula los poderes, deberes y la responsabilidad del juez, en el apartado IV) establece: "*tentar, prioritariamente e a qualquer tempo, compor amigavelmente as partes, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais*".

De los artículos citados pueden extraerse ciertas características que definen el perfil de conciliador del juez en el anteproyecto.

Así por ejemplo, puede entenderse que la conciliación es una facultad discrecional del juez, que puede efectuarse sin asistencia letrada.

- Facultad discrecional del Juez: *O juiz dispensará a audiência de conciliação quando as partes manifestarem expressamente sua disposição contrária ou quando, por outros motivos, constatar que a conciliação é inviável*.

- Sin asistencia letrada: *A eventual ausência do advogado não impede a realização da conciliação*.

Respecto de la no comparecencia del demandado y del actor, se advierte que respecto del actor nada se prevé en cuanto a su inasistencia y si lo hace respecto de la inasistencia del demandado, entendiendo, en este último caso que será considerada una actitud de atenta contra la dignidad de la justicia y pasible de una sanción procesal.

En mi opinión sería importante asegurar también, imponiéndola como una carga, la presencia del actor, ya que la reunión de ambas partes es lo que posibilita el llegar a un acuerdo conciliado. En Uruguay, la conciliación intraprocesal se regula como una de las actividades obligatorias que debe realizar el Juez en el curso de la Audiencia Preliminar, ubicada en el tracto procesal a continuación de los actos de proposición: demanda y contestación.

En esa oportunidad, nuestro sistema procesal civil sanciona gravemente al actor que no comparece a esa audiencia preliminar, con la posibilidad de que se le tenga por desistido de su pretensión, si no acredita, en determinado tiempo, las causas justificadas de su incomparecencia. Y la experiencia nos ha indicado, que esta ha sido la única forma de lograr reunir a las partes con el juez, para intentar conciliar, sin perjuicio de reconocer las objeciones que a esa carga procesal y sus consecuencias, se le ha hecho por parte de la doctrina.

En relación al demandado, las consecuencias de su inasistencia no justificadas pueden importar, en términos generales, la admisión de ciertos hechos alegados por el actor, que nos se encuentran contradichos con la prueba ya aportada al proceso.

De la regulación en el anteproyecto destacan como logros importantes la posibilidad cierta de que la conciliación sea realizada a través de conciliadores o mediadores que naturalmente se capaciten

especialmente a esos efectos. También la regulación profesional para los mismos.

La circunstancia de poder utilizar conciliadores o mediadores, permite soslayar el cuestionamiento que en nuestro País se efectúa respecto de la imparcialidad que pueda verse afectada cuando es el Juez quien participa de conciliador.

Si se destaca, como una debilidad del sistema brasileiro proyectado, las varias razones por las cuales puede prescindirse de la conciliación y la asignación de la tarea a abogados inscritos en perjuicio de otros profesionales.

V) Primeras reflexiones

Se mantiene en el anteproyecto la figura de un juez activo, participativo y no mero espectador.

La regulación de las cargas probatorias dinámicas se ha formulado adecuadamente superando las objeciones que se habían formulado e n torno a la protección del derecho de defensa. Disponerlo por resolución fundada y otorgar al afectado las debidas oportunidades para cumplir con la carga que ahora le es atribuida, es prueba cabal de ello.

La iniciativa del tribunal podría encuadrarse dentro de ciertos límites como la advertencia en resolución fundada de la necesidad de solicitar nuevos medios probatorios, siempre y cuando con ello no se supla la negligencia de las partes en hipótesis de falta de aportación de las mismas.

Finalmente, las diferentes instancias conciliatorias previstas en el anteproyecto demuestran cabalmente que se comparte la tesis de que la composición del conflicto por esa vía sigue siendo una de las mejores alternativas en punto a la satisfacción que se logra en ambas partes.

Ensaio sobre o duplo grau de jurisdição obrigatório

O necessário (e adequado) reexame

Mirna Cianci

O Direito, na pós-modernidade, ingressa numa fase que tem por marca a “necessidade de procedimentalização”, como modo de manifestação, na lição de Willis Santiago Guerra Filho (2007, p. 1001).

Significa afirmar que, no impasse entre a situação anterior, de mínima intervenção estatal, e a seguinte, de onipresença, resultam vantagens e prejuízos de ambas as partes, a sugerir estratégias de conforto entre direitos constitucionalmente garantidos, na conta da relevância dos interesses envolvidos.

Essa evolução tem como moldura a passagem do concretismo para o total abstracionismo, aquele colocando o direito material ao centro, do que o processo se realizava tão somente como uma sucessão de ritos; e este na direção da autonomia totalmente desvinculada, num estado de autoafirmação em busca de identidade.

O indispensável amálgama que se estabelece decorre muito mais da íntima relação que travam os planos do direito material e processual do que das razões em que se escudam os defensores da desnecessária dicotomia, posto que aquele serve de inspiração a este, na busca da tutela adequada e, acima de tudo, no papel instrumental do processo.

Mais adequado ao tema a *teoria circular dos planos*, onde o processo serve ao direito material ao tempo em que por ele é servido.

Mirna Cianci é Procuradora do Estado. Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Coordenadora e Professora da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado – Área de Direito Processual Civil.

Trata-se da adequação do processo não só ao direito material como à sua conformação constitucional, tudo a viabilizar, numa visão de conjunto, a prestação jurisdicional, posto que como poderia atuar o processo em favor do direito material dele abstraindo?¹

Nesse cenário de modernidade, que bem se ajusta à exegese constitucional do processo, temos a instrumentalidade, que, deixando no passado a teoria concretista, revela também evolução da teoria abstrata, num saudável meio-termo, porque reconhece a autonomia do direito processual ao tempo em que estabelece um ponto de contato com o direito material, muito diverso da sugerida fissura no conceito de ação, mas apta a dar atendimento ao princípio da efetividade, posto que demonstra preocupação com a afeição da ação à natureza do direito reclamado.

A dignidade do direito processual e do direito material resultam incólumes, porque não perdem o espaço que ocupam no cenário do direito; muito ao contrário, nele tomam assento adequado e cumprem seu papel, sem deixar de admitir a interdependência com que se situam nesse panorama, no sentido teleológico, respeitados os contornos próprios de cada qual no sistema.

A lição de Willis Santiago trilha a solução para o impasse entre os direitos individuais e da coletividade, ao afirmar que, “(...) transpondo os termos do dilema com que então nos deparamos para o plano do direito constitucional, tem-se como resultado o aparecimento de uma tensão entre aqueles direitos fundamentais que se pode chamar tradicionais, voltados para a

proteção de uma esfera de liberdades civis dos indivíduos, e, de outro lado, os direitos fundamentais previstos para assegurar a concretização dos objetivos da coletividade”. E ainda que “a decisão sobre qual dos dois deverá prevalecer não é possível de ser tomada antes de verificadas as situações em que se conflitam, do que decorre a inadequação de normas gerais e abstratas para regulá-las”, para finalizar afirmando que “o que se precisa – e se pode –, então, fazer é estabelecer procedimentos para que se chegue a essas decisões, procedimentos esses que, naturalmente, deverão ser dotados de determinadas características para cumprir a função sócio-política que assumem nesse contexto”, o que a seguir menciona como a adoção da tese luhmanniana da “legitimidade pelo procedimento” (GUERRA FILHO, 2007, p. 1002).

Nesse cenário situa-se hoje o novo desenho do processo civil brasileiro, modernamente sintonizado com a utilidade, ciente de que o direito subjetivo pode sofrer volatilização em razão do tempo, do que a celeridade fundada na razoável duração do processo, a simplificação dos procedimentos e a efetividade são coroas básicas.

Assim, não basta ao processo instrumentalizar o acesso à justiça, mas o acesso ao justo, de modo a banir do sistema métodos capazes de retardar a fruição do direito material, no sentido do que Cappelletti (1988, p. 9), muito oportuno, mencionou ao concluir que “o acesso formal, mas não efetivo à justiça, corresponde à igualdade apenas formal, mas não efetiva”.

O processo, na moderna versão instrumental, deve, portanto, caminhar ao lado dos direitos substantivos consagrados, armados a favor das diversas categorias, servindo-se de técnicas adequadas e condizentes com a prestação da tutela jurisdicional², resultando daí que a relativização

¹ Hermes Zanetti Junior, criador da teoria em debate, menciona que “leva em consideração a norma material afirmada, mas não pressupõe sua veracidade e incidência fora e antes do processo. Pelo contrário, possibilita a construção de uma solução pelo processo ‘prospectivo’, voltada a criar a norma material (no sentido de defini-la melhor como direito subjetivo, mas também universalizável) em uma metodologia tópica (sem distanciamento do problema)” (ZANETTI JUNIOR, 2006, p. 190).

² Cappelletti (1988, p. 69) afirma que, “entre outras coisas, não aprendemos agora que esses novos direitos freqüentemente exigem novos mecanismos procedimentais que os tornem exequíveis”. Menciona

do acesso à justiça torna ao mesmo tempo o princípio absoluto, na conta de que sua otimização proporciona a verdadeira justiça a que todos têm direito.

Nessa perspectiva, a evolução dos institutos processuais, em plena era da nova codificação, ostenta relevo de especial importância, de sorte que a adequação do atual ordenamento, nesse ambiente renovado, traduz tema de enorme interesse da comunidade jurídica.

As regras de interpretação e sua acomodação sistemática resultam, portanto, numa tarefa cuja teleologia leva em conta não apenas a integração do texto constitucional e as garantias que traduz para a área do processo civil, como também o direcionamento a um processo justo, na medida da fruição do direito subjetivo.

O propósito reformador tomou cena na concorrência da agilização do sistema recursal com o fortalecimento do entendimento jurisprudencial. A súmula vinculante passou a integrar o ordenamento jurídico nacional, com sede constitucional (artigo 103-A, *caput*, parágrafos 1º e 2º da CF) e regulamentação legal (Lei 11.417/2006), resultado da aproximação histórica entre os sistemas da *common law* e da *civil law*³ e da necessidade de uniformização da conduta jurisprudencial, que se traduziu também na ampliação dos poderes do relator, restrita às hipóteses em que o Colegiado já se tenha posicionado de forma definitiva acerca do

Jacob, para quem “são as regras de procedimento que insuflam vida nos direitos substantivos, são elas que os ativam, para torná-los efetivos”.

³ Mancuso (2007, p. 344) afirma que, “a inserção (*rectius* ampliação) da súmula vinculante em nosso desenho constitucional permite intuir que nosso modelo jurídico-político, antes restrito ao primado da norma legal, fica agora de certo modo postado entre o regime da *civil law* (prioridade à norma legislada) e o regime da *common law* (prioridade ao precedente judiciário ou à norma julgada)”. Na verdade, há apenas inspiração, pois que o *stare decisis* americano não tem força vinculativa externa ao Judiciário e, conquanto guarde referência com a vinculação de precedentes (*binding precedents*), os juízes têm a seu alcance meios de superar os entendimentos jurisprudenciais, o denominado *overruling*.

tema recursal (CPC, art. 557); no tratamento dos recursos repetitivos (CPC, arts. 543-B e C); na súmula impeditiva de recursos (CPC, art. 588, parágrafo 1º), entre outras, bem assim na limitação do reexame necessário (CPC, art. 475, parágrafos 1º a 3º), todas medidas a favor da abreviação do tempo no processo.

Assim, a razoável duração do processo garantida pela denominada “Reforma do Judiciário” tomou sentido de disponibilização dos instrumentos processuais ao jurisdicionado e não da medida de prazo, em tempo certo e determinado.

Em outra oportunidade (CAPPELLETTI, 1988, p. 138), foi enfrentado tema que cerca a inovação constitucional, para conduzir ao asserto de que socorrem a parte institutos presentes no ordenamento processual civil. Sendo, *e.g.*, caso de urgente fruição, cabível será o pleito de antecipação de tutela (CPC, art. 273), hábil a impedir o perecimento do direito. O Superior Tribunal de Justiça bem delineou o tema ao trazer como suposição que “a tutela de urgência pressupõe a impossibilidade de cumprimento de liturgias que posterguem a prestação jurisdicional, sendo essa a *ratio* aferível na gênese do novel instituto” (REsp 834.678/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26.06.2007, DJ 23.08.2007).⁴

No mesmo trabalho abordamos que prazo razoável e celeridade não são sinônimos, posto que a razoabilidade pode assumir diferentes feições de acordo com a necessidade instrutória de cada processo e suas circunstâncias particulares; e o

⁴ Marinoni (1998, p. 24) acompanha esse entendimento, destacando que “(...) o procedimento ordinário, como é intuitivo, não é adequado à tutela de todas as situações de direito substancial e, portanto, a sua universalização é algo impossível. Aliás, ao que hoje se assiste nos sistemas do direito romano-canônico é uma verdadeira demonstração de superação do procedimento ordinário, tendo a tutela urgente se transformado em técnica de sumarização e, em última análise, em remédio contra a ineficiência deste procedimento”.

processo dispõe de técnicas avançadas e hábeis, em sua atual versão instrumental. Claro está que o processo de conhecimento, porque visa à definição do direito, requer atos e ritos distintos daqueles exigidos para a execução, em que se cuida da realização coativa do direito declarado, assim como em relação ao processo cautelar, que busca a segurança do interesse em lide. Há adequação teleológica também quando o procedimento é adaptado aos valores preponderantes em cada caso.

Portanto, respeitados os princípios que norteiam o direito processual, mais especificamente o devido processo legal, atendido estará o preceito, posto que o conceito fluido que resulta do termo “razoável” melhor se coaduna com a sua adaptação ao cumprimento exato dos itinerários processuais, sem dilações desnecessárias ou imprestáveis,⁵ revelando-se mais que o acesso à justiça, o acesso ao processo justo, resultado do qual às partes serão assegurados todos os meios de atuação previstos no ordenamento jurídico, hábeis à consecução do direito e ao amplo exercício da defesa, mantido o equilíbrio processual.⁶

Nesse cenário está inserido o duplo grau de jurisdição, que alça as causas ao reexame e suporta transformação tendente a amoldar o inconformismo recursal ao tempo da razoável duração do processo, num trato de convivência de aparente difícil superação, a um lance precipitado.

A conformação desse sistema há que levar em conta a importância do instituto sob análise e o custo de supressões indevidas, capazes de comprometer a estrutura formalística do processo, finalizando de

tudo recomendável a investigação da sua origem histórica no seio do processo civil, a ponto de traduzir a relevância de sua existência empírica e seu aproveitamento no direito processual.

Convém desde logo registrar que esse instituto convive com sistemas internacionais, *e.g.*, o português, o italiano e o francês. Ana Cândida Menezes Marcatto (*O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição e a Reforma do Código de Processo Civil*, p. 25) anota que “em todos há forte relação do duplo grau de jurisdição com a devolutividade recursal, a ser apreciada por órgão jurisdicional distinto”⁷.

Apesar da divergência doutrinária, o princípio não tem caráter de garantia constitucional⁸, a ponto de impedir o re-

⁷ Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MILITARES. DIFERENÇA ENTRE O ÍNDICE DE 28,86% E O PERCENTUAL JÁ RECEBIDO. MP 1.704-5/98. PRESCRIÇÃO. RENÚNCIA TÁCITA. LIMITAÇÃO TEMPORAL. INOVAÇÃO. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. REEXAME DAS QUESTÕES DECIDIDAS E DAS DE ORDEM PÚBLICA. 1. *omissis*. 2. *omissis*. 3. O duplo grau de jurisdição obrigatório, como na boa doutrina, não é recurso, tem estatuto processual próprio e em nada se relaciona com o recurso voluntário, daí por que não se lhe aplicam as normas referentes à apelação, limitando-se a transferir a reapreciação da matéria suscitada, discutida e decidida na sentença, ressalvadas as questões de ordem pública, de conhecimento e julgamento obrigatórios, mesmo que não tenham sido suscitadas, em virtude, é verdade, da remessa necessária, mas por não lhe ser estranho o efeito translativo, não comportando tais questões a preclusão. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 801.069/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2007, DJe 31/03/2008).

⁸ De fato, há na doutrina opiniões divergentes sobre o tema. Para Dinamarco (2001, p. 239), “diferentemente dos demais princípios integrantes da tutela constitucional do processo, este não é imposto pela Constituição com a exigência de ser inelutavelmente observado pela lei. Além de não explicitar exigência alguma a respeito, ela própria abre caminho para casos em que a jurisdição será exercida em grau único, sem possibilidade de recurso”; e, de outro lado, Djanira Maria Radamés de Sá (RIBEIRO, 1999, p. 99-101), para quem “o duplo grau de jurisdição é garantia constitucional, na medida em que o bem da vida que se quer resguardar quando se recorre à instância superior é

⁵ O Supremo Tribunal Federal decidiu a respeito que “o julgamento sem dilações indevidas constitui projeção do princípio do devido processo legal” (RTJ 187/933, rel. Min. Celso de Mello).

⁶ Por óbvio que o monopólio da jurisdição gera ao jurisdicionado o direito de servir-se do processo e, como na lição de Chiovenda (2000, p. 199), “a necessidade de servir-se do processo para obter razão não deve se reverter em dano para quem não pode ter o seu direito satisfeito senão mediante o processo”.

gramento infraconstitucional, de caráter restritivo, tanto que presentes limitações em nosso sistema, fruto das recentes reformas do processo, sem que contra tais mudanças tenha sido lançada pecha de inconstitucionalidade.

Exemplo facundo temos no artigo 515, parágrafo 3º, do CPC⁹, sem que venha sendo posta em dúvida a constitucionalidade de tal restrição¹⁰, ausente nulidade que diga respeito à supressão de grau de jurisdição.

bem incorpóreo protegido pela cláusula do *due process of Law*; nesse sentido, o duplo grau de jurisdição erigir-se-ia a elemento essencial desta cláusula.

⁹ Art. 515 – A apelação devolvida ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. § 1º *omissis*. § 2º *omissis*. § 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento. (Acrescentado pela L-0010.352-2001)

¹⁰ PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. ART. 515, § 3º, DO CPC. INEXISTÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EFETIVIDADE. EXECUÇÃO FISCAL. DECRETAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. REQUERIMENTO DO EXECUTADO, MESMO QUE NAS CONTRA-RAZÕES. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 8º, IV, DA LEF, 219, § 4º, DO CPC, E 174, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN. LEI Nº 11.051/04. INAPLICABILIDADE AO CASO. PRECEDENTES. 1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento a recurso especial por reconhecer caracterizada a prescrição intercorrente. 2. A necessidade de dar rápido deslinde à demanda justifica perfeitamente o julgamento da ação pelo mérito. O art. 515, § 3º, do CPC permite, desde já, que se examine a matéria de fundo, visto que a questão debatida é exclusivamente de direito, não havendo nenhum óbice formal ou pendência instrumental para que se proceda à análise do pedido meritíssimo. Não há razão lógica ou jurídica para negar ao Tribunal a faculdade prevista pelo aludido dispositivo legal. Impõe-se, para tanto, sua aplicação. Inexistência de supressão de instância. 3. “Uma vez conhecido o recurso, passa-se à aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257, RISIJ e também em observância à regra do § 3º do art. 515, CPC, que procura dar efetividade à prestação jurisdicional, sem deixar de atentar para o devido processo legal” (REsp nº 469921/PR, 4ª Turma, DJ de 26/05/2003, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). 4. *omissis*. 5. *omissis*. 6. *omissis*. 7. *omissis*. 8. Agravo regimental não-provido (AgRg nos EDcl no REsp 842.054/RR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/02/2007, DJ 15/02/2007 p. 220).

No tratamento da matéria, o atual regime leva em consideração, para aferição da validade das normas processuais civis, o princípio da proteção¹¹, de acordo com o qual sem prejuízo não se decreta nulidade, desde que não renda ensejo a menoscabo, o que resulta da correta interpretação do artigo 244 do diploma processual civil. O saudoso Ovídio A. Baptista da Silva (*Teoria Geral do Processo Civil*, p. 235) afirma que essa regra (CPC, art. 244) aplica-se inclusive às nulidades absolutas, pois o contrário somente se poderia concluir mediante interpretação *contrario sensu* do dispositivo, o que considera inaceitável. Humberto Theodoro Junior (*Processo de Conhecimento*, p. 363) também a respeito admite que “as nulidades, mesmo que absolutas, não escapam à incidência dos princípios da finalidade e do prejuízo”.¹² Teresa Arruda

¹¹ Adoção – Deferimento aos requerentes com consequente extinção do pátrio poder da genitora biológica – Recurso da requerida – Busca a improcedência da inicial. O pedido inicial foi formulado diretamente pelos requerentes, que não possuem capacidade postulatória – Posteriormente, foi-lhes nomeado procurador, que ratificou os termos da inicial – Inexistência de prejuízo para a requerida, em vista, inclusive, dos termos da contestação, ou seja, houve observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa – Princípio da instrumentalidade das formas – Ausência de prejuízo e princípio da proteção integral afastam a possibilidade de pronunciamento de nulidade. Mérito – A pretensão da requerida não merece acolhida – Provas de ordem oral e técnica indicam a procedência da inicial como a solução que atende aos interesses da menor – Abandono material e moral caracterizado – Acompanhamento e orientação da genitora não apresentaram resultados positivos – Demonstrada a inexistência de vínculos afetivos entre a recorrente e a adotanda – Presentes os pressupostos ao deferimento da adoção – Medida atende aos superiores interesses da criança – apelo improvido. (APELAÇÃO CÍVEL n. 77.007.0/0-00, da Comarca de LARANJAL PAULISTA – Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – 28 de maio de 2001 – NUNEO CAMPOS – Relator (g.n.).

¹² O Superior Tribunal de Justiça, em fundamentada decisão, também admite a convalidação das nulidades absolutas, em razão do princípio do prejuízo e da finalidade: PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DO REVISOR NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. NULIDADE ABSOLUTA. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. 1.

Alvim Wambier (*Nulidades do Processo e da Sentença*, p. 196), em célebre monografia, afirma também que “parece-nos não ser exagero dizer que o sistema das nulidades processuais no direito brasileiro gira em torno da lei e, fundamentalmente, do princípio do prejuízo, visto especialmente sob este aspecto de cerceamento de defesa”¹³.

Embora sob o confronto de críticas e opiniões favoráveis, sobrevive robusto o princípio do duplo grau de jurisdição, posto que garante ao jurisdicionado que, diante da falibilidade humana, a decisão proferida

O defeito de forma só deve acarretar a anulação do ato processual impassível de ser aproveitado (art. 250 do CPC) e que, em princípio, cause prejuízo à defesa dos interesses das partes ou sacrifique os fins de justiça do processo. Consagração da máxima *pas des nullité sans grief*. 2. Deveras, informado que é o sistema processual pelo princípio da instrumentalidade das formas, somente a inutilidade que sacrifica os fins de justiça do processo deve ser declarada. 3. A doutrina e os tribunais, todavia, com todo acerto, desconsideram a aparente ressalva contida nas palavras sem cominação de nulidade, entendendo que, mesmo quando absoluta a nulidade e ainda quando esteja cominada pela lei, a radicalização das exigências formais seria tão irracional e contraproducente quanto em caso de nulidade relativa” (Cândido Rangel Dinamarco. In: *Instituições de Direito Processual Civil* v. II, 2002, São Paulo:Malheiros, p. 600-601). 4. As situações consolidadas pelo decurso de tempo devem ser respeitadas, sob pena de causar à parte desnecessário prejuízo e afronta ao disposto no art. 462 do CPC. Teoria do fato consumado. Precedentes da Corte. 5. O estudante que, por força de decisão liminar, matriculou-se em instituição de ensino, e já concluiu o curso, tem o seu direito consolidado pelo decurso do tempo. Teoria do fato consumado. 6. Recurso parcialmente provido para reconhecer a aplicação do art. 462, do CPC (REsp 532577/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04.11.2003, DJ 24.11.2003, p. 227).

¹³ O STJ, inclusive, afastou a nulidade que decorre da omissão do reexame necessário, por evidenciada a ausência de prejuízo: PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO DE SENTENÇA - AFASTADA A NULIDADE DO TÍTULO - REEXAME NECESSÁRIO POR VIA OBLÍQUA. 1. A ausência do exame necessário foi suprida por força da apelação, na fase de liquidação, quando o Tribunal examinou o processo por inteiro. 2. Postergação da data dos juros moratórios para a data em que há, nos autos, a certidão do trânsito em julgado da decisão. 3. Recurso especial parcialmente conhecido, e nessa parte parcialmente provido. (REsp 804.815/PE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/04/2007, DJ 21/05/2007 p. 559).

pelo juízo venha a ser reexaminada pelo órgão *ad quem*, de sorte a ser apreciada por um Colegiado, além de estabelecer um saudável controle da atividade judicial, a que, de resto, estão também sujeitos os tribunais, quando confrontado o direito objetivo, mediante a utilização dos apelos extremos.

Mantenha-se presente que tal previsão não guarda discriminação, de sorte que se revela antes como decorrência do *due process of law*, que a todos atende, nas mais variadas oportunidades e posições em que figurem os atores da relação jurídica processual.

José Carlos Barbosa Moreira (*O futuro da justiça: alguns mitos*, p. 228) enfrentou o tema ao abordar, com costumeiro realismo, que “é pretensão desmedida querer desfrutar ao mesmo tempo o melhor dos dois mundos. Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa”. E conclui: “O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser *melhor* do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço”.

A quem afirma que a possibilidade de revisão da sentença não se revela como benefício, na medida em que não necessariamente redundante em favorecimento a quem dela se utilize, convém alertar que está em questão não o direito material tutelado, o que levaria ao retorno da concretude de há muito relegada pelo ordenamento processual civil, mas, sim, o direito abstrato ao reexame.¹⁴

Não resulta, de outra face, em desprestígio ao julgador de primeiro grau, posto que este proporciona ao tribunal superior a cor-

¹⁴ A propósito, bem lançada a lição de Cássio Scarpinella Bueno (2003, p. 25), para quem “o processo é meio, não fim”, destacando que, “quando este “fim” relaciona-se a lides regidas pelo direito público ou hipóteses regidas pelo direito material público, o “meio” precisa, necessariamente, ser calibrado e preparado para atingir aquele desiderato”.

reta cognição da causa por ele instruída e julgada, com o pleno exercício do contraditório, tudo a harmonizar a questão submetida ao reexame, devidamente municida, dando ao ato jurisdicional a indispensável certeza que nasce do saudável debate que aflora do aperfeiçoamento de ideias¹⁵.

A propósito, bem assevera Lester Marcantonio Camargo (2007, p. 655), em conclusão da defesa que faz do instituto:

“(..) Isso porque vivemos em um Estado Democrático de Direito, cujas eventuais divergências existentes devem ser analisadas sob uma ótica de aperfeiçoamento e não de insegurança. Além disso é notório que o direito não é uma ciência exata, mas dinâmica e evolutiva. Por essas razões sustentamos que a confirmação pelo Tribunal da decisão do juiz de primeiro grau gera apenas maior certeza a respeito de uma questão jurídica e, em havendo a reforma, uma consequência inerente aos Estados Democráticos de Direito e uma

¹⁵ A propósito bem anota José Roberto de Moraes (2000, p. 68), em conhecida monografia, que, “no que se refere à ‘desconfiança’ que existe no juiz de 1ª instância, ela decorre do nosso próprio sistema processual, do nosso próprio sistema constitucional ao estabelecer o duplo grau de jurisdição, que, em verdade, é muito menos do que uma desconfiança e muito mais uma adequação ao inconformismo e à aproximação dentro dos dois pesos de certeza jurídica e justiça da decisão, que fundamentam todo o nosso sistema recursal, todo o princípio de apreciação recursal pelo segundo grau de jurisdição. Pode-se afirmar até que, sob determinado aspecto, o legislador parece desconfiar mais do juiz de segundo grau do que do de primeiro, já que a regra em segundo grau – embora com abrandamentos mais recentes – é da atuação colegiada dos juízos recursais: A decisão do juiz do Tribunal, assim, deve ser proferida não só a partir do seu próprio convencimento mas, também, do convencimento de seus pares, ao passo que é suficiente ao juiz de primeira instância convencer-se a si mesmo. A idéia, por se tratar de uma instância revisora, é reunir, teoricamente, juizes mais experientes e reunidos em colegiado de tal maneira que se possa garantir, tanto quanto possível, que haja justiça naquela decisão e que, portanto, a condenação da Fazenda Pública e as consequências a serem experimentadas pelo erário sejam, efetivamente, justificáveis.”

demonstração de dinamicidade do Direito”.

Numa visão realista, constata-se ainda que a demora que resulta do julgamento dos recursos não provém da adoção, pelo nosso sistema, do duplo grau de jurisdição, mas, sim, de falhas estruturais, que não são sanáveis por conta das opções legislativas, conquanto algumas das reformas do processo tenham contribuído com a aceleração de ritos que, se bem utilizados, podem proporcionar maior agilidade ao Judiciário, sem prejuízo de qualidade.

Superada a questão da prevalência (e permanência), em nosso sistema, do duplo grau de jurisdição, cabe avançar para terreno mais delicado (e candente), ao menos doutrinariamente, o do regime *obrigatório* de reexame das decisões proferidas contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público.¹⁶

A análise não prescinde de investigação histórica, capaz de trazer a lume a existência e o significado dessa noção de obrigatoriedade de que se reveste o sistema de decisões que tenham como pano de fundo o interesse público, traço comum aos beneficiários do regime sob exame.

Surgiu como recurso *ex officio* em Portugal, na era medieval, nos idos do século XIV, apropriado ao processo inquisitório penal e avançou no direito lusitano, por volta de 1355, como *appellação ex officio*, sendo incorporada às *Ordenações Afonsinas* (Liv.V,

¹⁶ Artigo 475 – Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeitos senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – Proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II – *omissis*. Parágrafo 1º *omissis*. Parágrafo 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. Parágrafo 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

Título 58, parágrafo 11º), tendo como objetivo o controle da atividade judicial, pelos representantes judiciais do Rei (Ouvidores).

O recurso *ex officio* às causas públicas (fazendárias) surgiu em nosso ordenamento com a Lei n. 242, de 29.11.1841, estabelecendo que caberia “ao juiz dos Feitos a obrigação de apelar da sentença contrária à Fazenda, sem o que não seria exequível nem passaria em julgado a decisão”. Era também previsto para as decisões em *habeas corpus*, por meio da Lei de 3.12.1841, sempre mediante declaração do próprio juiz, ao final da sentença, prática que persiste atualmente.

A evolução legislativa registra ainda a edição do Decreto 3.069, de 17.4.1863, que prevê a apelação *ex officio* em anulação de casamento; a Lei 2.040, de 28.9.1871, que atua no reexame necessário das causas criminais. E, a seguir, por meio do Decreto 3.084, de 5.11.1898, veio a tornar-se obrigatório o recurso oficial nas causas da Fazenda Nacional, na forma da Lei 242, de 1841. Seguiu-se a adoção do instituto em diplomas esparsos, como os Códigos do Estado da Paraíba (1910); do Distrito Federal, Sergipe, Bahia e Rio de Janeiro, em seguida. Registra-se ainda a existência do recurso extraordinário *ex officio*, da era Vargas, previsto no Decreto 23.055, de 9.8.1933.

O Decreto-lei 960, de 17.12.1938 estabeleceu a obrigatoriedade de interposição do recurso oficial nos casos de improcedência da execução fiscal.

O Decreto-lei 4.565 de 11.8.1942 introduziu no Código de Processo Civil anterior (Decreto-lei n. 1.608, de 18.9.1939) o antigo sistema de apelação *ex officio* a ser interposto pelo juiz, mediante declaração na sentença e cabível nos casos de declaração de nulidade de casamento, de homologação do desquite amigável, e de condenação da União, Estado ou Município.

A Constituição Federal de 1937 reservou à sentença em mandado de segurança o reexame obrigatório, bem como a possibilidade de interposição pelo presidente de

tribunal local ou membro do Ministério Público. As Constituições seguintes não registraram previsão do duplo grau de jurisdição obrigatório.

O Decreto-lei 3.365, de 21.6.1941, previu o duplo grau obrigatório nas causas de desapropriação por utilidade pública.

O Código de Processo Penal, Decreto-lei 3.689, de 3.10.1941, traz referências à obrigatoriedade, como no caso do reexame da sentença absolutória (art. 411); como exceção ao aspecto voluntário do recurso (art. 574) e da decisão que conceder reabilitação (art. 746).

A Lei n. 818, de 18.9.1949, trata da aquisição, perda e reaquisição da nacionalidade, e a perda dos direitos políticos, consagrando novo caso de reexame obrigatório.

A Lei 1.521/1951 prevê o reexame necessário nos casos de absolvição em processo crime contra a economia popular ou contra a saúde pública, ou ainda em caso de arquivamento dos autos do inquérito policial a que se refere.

A Lei 2.664, de 3.12.1995, dispõe sobre a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição nas ações judiciais de atos das mesas das Câmaras do Congresso Nacional e da Presidência dos Tribunais Federais. A Lei 4.137, de 10.9.1962, regula o abuso de poder econômico e, no art. 57, contempla a sujeição da sentença ao duplo exame.

A revogada Lei 4.348/64, que disciplinava o mandado de segurança, em seu art. 7º previa o reexame obrigatório da decisão que conceda outorga ou adição de vencimento ou reclassificação funcional.

A Lei 4.717, de 29.6.1965, que trata da ação popular, prevê expressamente o duplo grau de jurisdição (art. 19).

O Decreto-lei n. 779, de 21.8.1969, previu o recurso ordinário no sistema processual trabalhista, sempre que se tratar de decisão contrária à União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, fundações de direito público federais, estaduais ou municipais, que não explorem atividade econômica.

No Código de Processo Civil de 1973, chegou a ser ventilada a hipótese de supressão do instituto, o que vinha capitaneado no anteprojeto pelo Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid, mas houve reconsideração¹⁷ e acabou sendo inserida no novo ordenamento processual, como exercício do duplo grau de jurisdição obrigatório, no retrato da letra do artigo 475, com sua redação original, e a previsão contida na lei geral conduziu à obrigatoriedade nas leis extravagantes por subsidiariedade.

A Lei 6.739, de 5.12.1979, que dispõe sobre registros públicos e imóveis rurais, a Lei 7.853, de 24.10.1989, sobre apoio à pessoas com deficiência e a Lei 9.469, de 10.7.1997, também albergaram o instituto.

A Lei Complementar 76, de 6.7.1993, refere-se às sentenças em desapropriação para fins de reforma agrária, sob critério de valor acima de cinquenta por cento sobre o valor da indenização estabelecida na inicial.

E subsiste hoje, espreado nas mais diversas disciplinas legais, como no Código Tributário Nacional, Lei n. 5.172/1996, art. 145, II; Código de Processo Penal, Decreto-lei 3.689/1941, art. 574; Lei Federal n. 10.259/2001, do Juizado Especial Cível Federal, art. 13; Lei Federal 9.469/1997, sobre Autarquias e Fundações Públicas,

art. 10, e Lei Complementar 76/1993, do procedimento contraditório especial de desapropriação de imóvel rural, para fins sociais e de reforma agrária, art. 13, 1º; Lei Federal 8.437/1992, sobre medidas cautelares, art. 3º, Lei Federal 8.076/1990, sobre medidas liminares, art. 1º, parágrafo único; Lei Federal 7.853/1989, da sentença em Ação Civil Pública, art. 4º, parágrafo 1º; Lei Federal 6.830/80, sobre a dívida ativa da Fazenda Pública, art. 34, *caput*; Lei Federal 6.739/1979, sobre ação anulatória de matrícula e registro de imóveis rurais, art. 3º, parágrafo único; Decreto-lei 779/1969, sobre normas processuais trabalhistas da União Federal e demais entes públicos, art. 1º, V; Lei Federal 4.717/1965, Lei de Ação Popular, art. 19, primeira parte; Lei Federal 12.016, que regula o Mandado de Segurança; Lei Federal 2.770/1956, sobre sentenças de liquidação por arbitramento nas execuções de sentenças ilíquidas, art. 3º; Lei Federal 2.664/1955, que trata das ações judiciais decorrentes de ato das Mesas das Câmaras do Congresso Nacional, art. 1º, parágrafo 2º; Lei Federal 818/1949, que trata da aquisição e perda da nacionalidade e de direitos políticos, art. 4º, parágrafo 3º, Lei Federal 10.522/2002, sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais, art. 19, parágrafo 2º, Decreto-lei 3.365/1941, sobre desapropriações por utilidade pública, art. 28, parágrafo 1º, na Consolidação das Leis do Trabalho, artigo 898, quanto a sentenças proferidas em dissídio coletivo de empresas de serviço público.

A importância do esforço legislativo consiste na revelação, como traço comum, da preocupação do legislador com temas determinados, normalmente de relevância social ou de interesse público, como cenário das inúmeras regras que albergaram o duplo grau de jurisdição obrigatório, a ponto de autorizar a conclusão de que o relevo dos temas legislativos justifica (e justificou desde a era medieval) a manutenção do instituto no sistema pátrio.

¹⁷ Barbosa Moreira (2007, p. 200-201) registra que “o Anteprojeto de novo Código de Processo Civil, redigido pelo mesmo jurista a que acima se aludiu (Alfredo Buzaid) e publicado em 1964, pretendeu abandonar a orientação tradicional. Procurou o autor justificar a guinada no item 34 da Exposição de Motivos apresentada ao Ministro da Justiça, com argumentos que ao tempo se examinarão. Viria, contudo, a mudar de opinião ele próprio: o projeto encaminhado em 1972 ao Congresso Nacional, durante sua gestão como Ministro da Justiça, no art. 479, retomava o fio da tradição, sujeitando à revisão obrigatória em segundo grau a sentença ‘proferida contra a União, o Estado e o Município’ (inciso II) e a que julgasse ‘improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública’ (inciso III). A dicção, neste, era manifestamente atécnica, visto que não há lugar, na execução, para julgamento de improcedência: a sentença de que se queria falar era a que julgasse procedente os embargos à execução fiscal – coisa bem diversa. O defeito subsistiu no art. 475, III, do Código de 1973 (...), mas foi corrigido pela Lei n. 10.352”.

Conveniente abordar aqui – em parêntesis – o significado de interesse público que se destaca dessa inquietação legislativa, a ponto de sintonizar a adequação do instituto sob análise com o pressuposto que se considera presente no esquema normativo pátrio.

O interesse público foi especialmente delineado por José Eduardo Faria (2003, p. 79), ao mencionar que importa “(...) é pensar o interesse público dentro de uma outra perspectiva, mais sociológica, que procura de certo modo identificar no interesse público o conceito que tem por finalidade funcionar como uma espécie de princípio totalizador dos interesses tutelados pelo direito”; e prossegue sumarizando que, “em outras palavras, o interesse público tem, acima de tudo, uma função pragmática. Trata-se de um conceito que permite ao direito filtrar os diferentes valores em confronto da vida social, alcançando uma idéia de fechamento e acabamento lógico daqueles valores majoritariamente reclamados por parte da sociedade”.

Lúcia Valle Figueiredo (1993, p. 123) revela preocupação com a definição aqui buscada, ao mencionar que a expressão “interesse público” é absolutamente oca: “tudo cabe dentro do interesse público e tudo descabe dentro do interesse público, dependendo de quem vai preencher o conceito.”

Trata-se mesmo de conceito vago, a ser ocupado pelo direito objetivo, sendo presente em nosso sistema pátrio o constante dilema entre o bem tutelado pela Justiça, direcionado ao jurisdicionado, e aquele cuja vertente encaminha ao bem comum, público, universo em que estão todos inseridos, inclusive o demandante, que nesse particular enfoque ocupa ambos os polos da relação jurídica processual.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 182) bem descreve esse enlace, ao explicar:

“(...) na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto so-

cial, nada mais é do que a *dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe de sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrindo também o depósito intertemporal destes mesmos interesses, vale dizer, já agora encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais.”

O direito positivo resulta dessa escolha, da opção legislativa, que traz na conta a maior abrangência do resultado visado pela norma, na “totalização de interesses” aqui referida, tanto quanto possível o albergue da situação legalmente protegida.

Na autorizada lição de Donald Armelin (2003, p. 112), “em um estado democrático de direito, resultam da vontade popular as normas jurídicas que devem refletir essa aspiração dos governados, na qualidade de representados”, o que torna razoável concluir que a decisão administrativa tem legitimidade democrática e concebe o desejo do representado. No mesmo sentido, a lição de Mancuso (2007, p. 321), para quem “(...) de um modo geral as condutas administrativas são implementadas em contemplação – direta ou reflexa – da coletividade em geral, até porque a legitimidade do Administrador advém de mandato popular, que o autoriza a realizar escolhas primárias, em nome dos administrados (...)”.

Aos opositores do atual sistema de reexame obrigatório convém ainda alertar que inexiste, em nosso ordenamento *jurídico*, a equivocada divisão entre direitos individuais, coletivos (ou supraindividuais, difusos) e os gerais ou públicos, por impossibilidade de equiparação; vale dizer, no âmbito estatal, inexiste essa partilha de interesses.¹⁸

¹⁸ Gustavo Rabay Guerra (2002) menciona como argumento a lição de Willis Santiago, que considera possível sinalizar com o reconhecimento de três planos de interesse de uma determinada comunidade política: interesses individuais, interesses coletivos (ou “supraindividuais”, em que se incluem os interesses difusos) e interesses gerais ou públicos. Somente a

Gustavo Rabay Guerra (2002, p. 66) extrai desse enganoso direcionamento que “o que impende firmar-se é o entendimento de que o interesse público nem sempre coincidirá com o interesse patrimonial do Estado, pois concentram-se os interesses públicos primários como os interesses do bem geral, afeitos a toda a coletividade e, ao passo em que os interesses da Administração Pública devem ser focalizados como interesses públicos secundários, aqueles que, ligados ao aparelho estatal unitariamente considerado, nem sempre são suscetíveis de proveito pelo bem comum...”.

Essa classificação teórica da definição de interesse tem, na verdade, caráter mais *político* do que verdadeiramente *jurídico*. A clássica lição de Alessi (*Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, p. 197-8) identifica o interesse público primário com o interesse social (da coletividade) e o secundário, onde não necessariamente resultaria o real interesse da comunidade, referindo-se, neste caso, ao que Mazzilli (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 49) identificou como “ações daninhas que não raro contrapõem governantes e governados; Estado e indivíduos”.

Analisando a lição de Alessi, conclui com extremo bom senso e juridicidade Mazzilli que, “sem negar, porém, o caráter de conflituosidade normalmente inato na discussão dos interesses transindividuais, de nossa parte cremos ainda na supremacia da noção do bem comum, ou seja, o interesse público primário”. Prossegue, referindo-se a um exemplo em que a construção de uma fábrica pode gerar empregos e poluição a um só tempo, para concluir:

“assim, nos exemplos acima, a solução exigida pelo bem geral consiste

harmonização desses três planos definitórios possibilita o melhor atendimento dos interesses individualmente considerados, bem assim daqueles interesses de toda a comunidade, “ou de parte dela”, posto que o excessivo favorecimento de interesses isolados, em contraposição aos demais, redundará em um “desserviço para a consagração desses mesmos interesses, que se pretenda satisfazer mais que os outros” (GUERRA FILHO, 2001).

em instalar a fábrica e, ao mesmo tempo, respeitar o meio ambiente, ainda que, com isso, estejamos a não agradar integralmente, ou a desagradar preponderantemente a todos os grupos mais ativamente envolvidos na controvérsia; melhorar os serviços sociais valendo-nos de impostos que obedeçam aos parâmetros constitucionais, inclusive os da razoabilidade, é o que pede o bem geral, ainda que não se consiga, num só instante, compor todos os interesses em jogo”.

Essa a conjugação exata, porque não necessariamente a defesa de interesses do Estado em juízo diz respeito tão somente ao “erário”, o que decorre da equivocada noção do termo “Fazenda”, que abrange todo e qualquer interesse de ordem pública e não apenas aquele que revele conteúdo econômico¹⁹.

A se admitir o raciocínio ora criticado, teríamos um conceito ainda mais vago, porque ao legislador caberia regradar situações de difícil esboço, submetendo ao reexame apenas os interesses que considerasse primariamente públicos e relegando aqueles que viesse a definir como secundários, como se o *interesse público* pudesse sofrer essa medida, para o fim de vir a ser ou não reexaminada a sentença lançada contra a Fazenda Pública.

Revela-se, portanto, verdadeiramente falaz o asserto, na medida em que o interesse envolvido pela Fazenda Pública não se direciona a determinada categoria, de vez que envolve sempre a *defesa do erário* e a *administração do bem comum*, o que pode, por implícito, incorrer na tomada de decisões que necessariamente atendam ao interesse público eleito pelo Administrador.

¹⁹ Esse sentido vem figurado por Gustavo Rabay Guerra (2002) em sua dissertação, ao mencionar que “é lícito supor que, semanticamente, a expressão Fazenda Pública corresponde ao significado de erário, de fisco. Entretanto, esse conceito pode sofrer mutações, para, pragmaticamente, identificar o próprio aparato de atuação estatal, especialmente no que se refere à presença da Administração Pública em juízo, como o próprio CPC sugere”.

E essa opção tem assento no campo da discricionariedade administrativa, imune ao exame jurisdicional e que, na lição de Celso Antonio Bandeira de Mello (1996, p. 48), compreende “a margem relativa de liberdade conferida pelo ordenamento jurídico ao agente público para que este escolha, dentre as alternativas oferecidas, aquela que melhor atenda ao interesse público específico”. Prossegue afirmando que tem o Administrador “espaço livre na avaliação do motivo e na eleição do objeto por juízo de conveniência e oportunidade” e passa a definir que “discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto”, sendo sua finalidade a de “(...) cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação” (MELLO, 1996, p. 48).

Além disso, o Estado age costumeiramente ora como sujeito a regras de direito público, ora sob o direito privado e, ainda assim, sem perder o elo com o interesse público. Apenas para exemplificar, no julgamento da matéria, o extinto II Tribunal de Alçada Civil, conquanto considerasse que o Estado atua como particular e encontra-se sujeito às regras de direito privado nas relações locatícias, ordenou sistematicamente a aplicação do artigo 475 às ações de despejo.²⁰

²⁰ Tal como constou do despacho inicial, é dos princípios que, por se submeter a necessário duplo grau de jurisdição, a sentença proferida contra a Fazenda Pública só produz efeitos depois de confirmada pelo tribunal (CPC, art. 475, II). Por seu caráter e finalidade, a regra geral do duplo grau prevalece sobre a exceção do artigo 58, V, da Lei n. 8245/91. Precedente: AI 470.558, de 20.11.96”. E ainda: “A hipótese é de provisória execução de sentença enquanto pendente obrigatório reexame (artigo 475, II, do Código de

A Fazenda Pública – aqui utilizado o termo em sentido lato, que engloba todos os destinatários do regime do duplo grau de jurisdição obrigatório (CPC, art. 475, *caput*) – dispõe de garantias processuais sintonizadas com esse interesse que aqui se descreve, na exata medida em que direcionadas ao bem comum que representa uma massa populacional íntegra.

Tais garantias não se descrevem como privilégios, porque privilégio conceitua-se como “direito ou vantagem concedido a alguém, com exclusão de outros” (DICIONÁRIO..., 2011) e, no caso, o fundamento do interesse público protegido busca justamente o efeito “totalizador”, que aqui não se apresenta demasiado reforçar, porque reflete o verdadeiro caráter das regras que albergam a conduta fazendária.

Convém ressaltar ainda que essas garantias convivem harmoniosamente com o princípio da isonomia constitucionalmente consagrado no artigo 5º, *caput*, e inciso I da Magna Carta²¹, se examinado em consonância com o adequado conceito de igualdade acolhido pelo texto constitucional.

Nelson Nery Junior (2001, p. 45), ao tratar do tema, afirma que o que o princípio constitucional quer significar é a proteção da igualdade substancial e não a isonomia meramente formal. Trata-se da igualdade efetiva, de fato, e não apenas e tão somente a igualdade jurídica como trata o Autor, na lição de Fritz Baur (1980, p. 16). Na mesma

Processo Civil). Se a eficácia da r.sentença é incerta frente ao efeito meramente devolutivo estabelecido na lei inquilinária, somado ao recurso oficial previsto na lei de rito quando a decisão é proferida contra o Estado, seguro reconhecer a presença dos requisitos ensejadores da liminar perseguida. Frente ao interesse público, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, defiro a liminar para suspender a execução do despejo até o reexame obrigatório, de ampla devolutividade”

²¹ Artigo 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: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

linha, adverte Barbosa Moreira, ao tratar exatamente da *vexata questio*, que “já é cediça e dispensa demonstração a tese de que isonomia não significa tratamento sempre absolutamente igual, mas tratamento igual na medida da igualdade e desigual, na medida da desigualdade. Em suma: o critério decisivo é o da igualdade substancial, e não o da igualdade formal”.

Prossegue indicando que “(...) à Fazenda Pública atribuem-se prerrogativas, como a de prazos mais longos (ex: art. 188 do CPC), em obediência ao princípio da igualdade real e proporcional, que impõe tratamento desigual aos desiguais, a fim de se atingir a igualdade substancial”, menção que faz à lição de Ada Pellegrini Grinover (1975, p. 42) para concluir que “ela não pode ser equiparada a um litigante qualquer, dada a natureza dos interesses que representa” (*Temas*, p. 203).

Cai a lume a exata medida trazida por Juarez de Freitas (1999, p. 53), para quem surge relação entre “(...) o princípio do interesse público e da correlata subordinação das ações estatais ao princípio da dignidade humana”, situação de confronto que tem solução na preponderância entre “a vontade geral legítima sobre a vontade egoisticamente articulada”.

Nesse espectro, inúmeras passagens no *Codex* e em outros textos legais revelam a preocupação do legislador, como, *e.g.*, no caso do parágrafo 4º do artigo 20, que exclui a Fazenda, na condenação, do limite mínimo na fixação dos honorários advocatícios ou ainda nos casos em que dilata prazos, como os da contestação e dos recursos (art. 188); de ineficácia da sentença sujeita ao reexame necessário (art. 475) e da sujeição da execução ao rito dos artigos 730 do CPC e 100 da CF; do procedimento para a execução fiscal (Lei 6.830/1980), do arresto independente de justificação judicial (art. 816, I); da reintegração de posse (art. 928); entre outras.

Acrescenta ao tema a retórica afirmação, conhecida na lição de Nelson Nery Junior

albergada por Francisco Barros Dias (2000, p. 329), para quem o duplo grau obrigatório seria medida oriunda do processo inquisitório no sistema medieval, quando os magistrados eram dotados de ilimitados poderes.

Também não tem esfera de aceitação o argumento de ter sido concebido o instituto num momento político ditatorial (getulista), de sorte que seria fruto do autoritarismo ou mesmo ao tempo da era medieval e inquisitorial, num contexto que parte da doutrina considera capaz de macular, em sua origem, o milenar instituto.

Por evidente que o raciocínio não sobrevive a uma análise técnica, posto que, a se assim considerar, qualquer instituto jurídico nascido na antiguidade ou mesmo sob o signo de regimes absolutos deveria ser expurgado do mundo jurídico, como, *e.g.*, a prescrição, reconhecida garantia milenar de segurança jurídica. Barbosa Moreira (2007, p. 207) bem adverte a respeito que o reexame necessário “vem de muito mais longe: do início da quarta década do século XIX!”. E prossegue argumentando que, “além disso, é falsa a premissa de que tem feição autoritária toda e qualquer medida legislativa tomada em período ditatorial ou semiditatorial. Não tiveram necessariamente tal caráter as reformas da ZPO alemã posteriores à ascensão dos nazistas ao poder (...).

O mesmo Autor rechaça, com veemência, a referência que se faz aos “visíveis moldes fascistas” da revisão obrigatória das sentenças contrárias à Fazenda Pública, ao mencionar que o instituto nada tem a ver com esse antecedente, sob o falso argumento de que tais “moldes” seriam fascistas porque “obsessivamente voltados à tutela do Estado”, para concluir de modo diverso, afirmando que “mais correto, parece-nos, é ver no dispositivo em foco instrumento de tutela do *patrimônio público*”²².

²² Colocando o argumento no *todo* deste estudo, com precisão localizamos a tese aqui exposta no que foi afirmado na introdução, na alusão feita à tese

Esse o ponto nodal da questão: não se pode separar a figura da Fazenda Pública, a figura estatal, do conjunto que ela representa, do seu significado corpóreo. Não é o Estado (*lato sensu*) que estaria sendo beneficiado com essa garantia, mas a sociedade civil que lhe dá definição epistemológica.

Nem constitui peculiaridade do direito brasileiro, como bem anota Barbosa Moreira (*Temas*, p. 204-5) ao afirmar que “é certo que não a consagram as mais conhecidas legislações processuais civis europeias. Mas parece supérfluo obtemperar que um instituto não pode ser condenado apenas por o não adotarem essas legislações: do contrário teríamos que expurgar de nosso sistema jurídico, por exemplo, o mandado de segurança, sem correspondente exato em nenhuma delas”. Prossegue afirmando que “mais de um código estrangeiro torna necessária a revisão das sentenças contrárias aos entes públicos; entre elas figura o colombiano, de 1970 (art. 386, 1ª parte), reconhecidamente um dos mais bem feitos e progressistas da América Latina”. Argumenta ainda que, “por outro lado, a inexistência de disposição análoga à do art. 475 pátrio nas leis processuais europeias de maneira alguma significa que aqueles ordenamentos dêem ao Poder Público, quando litiga, tratamento igual ao de outro litigante”.

Em seguida conclui que “a verdade é bem outra: o tratamento varia, sim, conquanto por formas diferentes, algumas até mais radicais que a visada pela crítica”, exemplificando que “basta ver que diversos ordenamentos europeus indubitavelmente de ‘primeira linha’, chegam a subtrair à Justiça comum, em regra, os litígios em que seja parte a Administração Pública, para confiá-los a outro conjunto de órgãos,

luhmanniana da “legitimidade pelo procedimento” ao referir-se a procedimentos que, naturalmente, deverão ser dotados de determinadas características para cumprir a função sociopolítica que assumem nesse contexto, o que aproxima o concerto que aqui se faz acerca do fundamento socioempírico do duplo grau de jurisdição obrigatório.

que não integram necessariamente o mecanismo judicial e podem fazer parte do próprio aparelho administrativo”, o que faz referindo-se ao sistema de contencioso administrativo, como no direito francês, em que registram-se vários atributos próprios da presença da Administração Pública na lide, como no caso da forma de intimação e publicidade dos atos, francamente diferenciada em relação aos processos judiciais.

Não é demais registrar aqui, num retrato histórico do processo civil brasileiro, o destaque de Jônatas Luiz Moreira de Paula (2002, p. 352), ao mencionar que, “assim como o povo brasileiro é produto de multirraças, portanto multiculturas, a ciência processual brasileira também é produto de várias escolas europeias, que ainda não se definiram em perfis distintos que caracterizam um grupo do outro”. Prossegue, afirmando que: “Portanto, não seria errôneo dizer que no Brasil ainda não se tem escolas de processo, mas tendências processuais, que variam conforme seus adeptos abordam o direito processual”, para em seguida extrair que, “todavia, face ao desenvolvimento científico do processo dos últimos 50 anos, não seria exagero afirmar que existe uma maneira própria de se pensar o processo brasileiro, possibilitando construir o tronco comum dos pensadores nacionais”.

Os argumentos contrários ao duplo grau de jurisdição obrigatório coincidem, não raro, com aqueles que cabem como luva contra o duplo grau de jurisdição voluntário e nem por isso será restringido ou expurgado do ordenamento processual civil esse consagrado direito, por conta dos anseios de efetividade.²³

²³ Gustavo Rabay Guerra (2002) exemplifica, em sua argumentação contrária ao reexame necessário, o caso do servidor público arbitrariamente exonerado da função que ocupava e que propôs ação judicial de anulação do ato administrativo, obtendo vitória sobre a Fazenda Pública. Como cedo, a decisão de primeiro grau deverá ser submetida ao crivo do duplo grau, obrigatoriamente, em nome do interesse geral, respaldo indiscutível da defesa do erário. Mas e o in-

Ainda, a quem venha a taxar de inconstitucional a regra de obrigatoriedade do reexame, convém destacar que de melhor técnica seria considerá-la não albergada pelo texto constitucional, posto que sua vigência transcende a atual Carta. Mas, mesmo que sob esse enfoque, não subsiste o ataque, tanto que, analisando de modo crítico, Barbosa Moreira (2007, p. 204) conclui ser “puramente acadêmica a increpação: antes e depois da Carta de 1988, os tribunais brasileiros têm aplicado tranquilamente, com certeza, milhares de vezes, as disposições em foco”, sendo oportuno recordar que há, no Superior Tribunal de Justiça, súmulas tratando da matéria.²⁴

Outro aspecto que merece enfrentamento diz respeito à equiparação do reexame necessário à possibilidade de falibilidade humana, ou seja, que tivesse sido o instituto criado para suprir a omissão recursal do advogado público, por desídia ou por qualquer outro motivo, ainda que justificável, o que colocaria a Fazenda do Estado em situação de extrema vantagem nesse duelo, tornando ainda mais odioso o desequilíbrio de forças.

O asserto não sobrevive a uma análise da natureza jurídica do instituto, que, por orientação pacífica, não tem caráter recursal²⁵.

teresse da família, que deverá suportar a insuficiência econômica e social de seu provedor, obstaculizada em meses, quem sabe em anos? Não estaria havendo excesso de proteção dos interesses da Fazenda, que conta ainda com outras prerrogativas na disputa judicial? Ora, ainda que não houvesse o reexame necessário, por certo que essa condenação geraria a atividade recursal da Fazenda, de sorte que a necessidade de espera da decisão definitiva não decorre, necessariamente, do reexame obrigatório.

²⁴ Nas decisões por maioria, em reexame necessário, não se admitem embargos infringentes. (Súmula 390, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/09/2009, DJe 09/09/2009). O art. 557 do CPC, que autoriza o relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário. (Súmula 253, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/06/2001, DJ 15/08/2001 p. 264). No reexame necessário, é defeso, ao tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública (Súmula 45, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 16/06/1992, DJ 26/06/1992 p. 10156).

²⁵ 25 PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. REMESSA

A doutrina, de modo reiterado, admite essa conclusão, porque não se encontra o instituto topologicamente previsto no artigo 496 do CPC²⁶ ou em leis especiais,

NECESSÁRIA. DECISÃO NÃO UNÂNIME. EMBARGOS INFRINGENTES. ART. 530, DO CPC. DESCABIMENTO. 1. A remessa *ex officio* não é recurso, ao revés, condição suspensiva da eficácia da decisão, por isso que não desafia Embargos Infringentes a decisão que, por maioria, aprecia a remessa necessária. Precedentes do STJ: EREsp 168.837/RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 05.03.2001; REsp 226.253/RN, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 05.03.2001; AgRg no Ag 185.889/RS, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 01.08.2000. 2. Sob esse enfoque esta Corte já assentou: “Há que se fazer distinção entre a apelação e o reexame necessário. A primeira é recurso, propriamente dito, reveste-se da voluntariedade ao ser interposta, enquanto o segundo é mero ‘complemento ao julgado’, ou medida acautelatória para evitar um desgaste culposo ou doloso do erário público ou da coisa pública. O legislador soube entender que o privilégio dos entes públicos tem limites, sendo defeso dar ao artigo 530 do Código de Processo Civil um elastério que a lei não ousou dar. Assim, só são cabíveis os embargos infringentes contra acórdãos em apelação ou ação rescisória. Esta é a letra da lei” (REsp 402.970/RS, Rel. p/ acórdão, Min. GILSON DIPP, DJ 01.07.2004). 3. A nova reforma processual, inspirada no princípio da efetividade da tutela jurisdicional, visou a agilização da prestação da justiça, excluindo alguns casos da submissão ao duplo grau e dissipando divergência que lavrara na jurisprudência acerca da necessidade de se sustar a eficácia de certas decisões proferidas contra pessoas jurídicas não consideradas, textualmente, como integrantes da Fazenda Pública. 4. A ótica da efetividade conjurou algumas questões que se agitavam outrora, sendo certo que, considerando que o escopo da reforma dirige-se à celeridade da prestação jurisdicional, não mais se justifica admitir embargos infringentes da decisão não unânime de remessa necessária. 5. A eventual divergência, quanto ao percentual de juros moratórios, instaurada entre o acórdão embargado, proferido pela 5ª Turma, e o julgado paradigma, oriundo da 6ª Turma, deverá, posteriormente, ser submetida à análise da Terceira Seção desta Corte Superior, nos termos do art. 266, do RISTJ. 6. Embargos de divergência rejeitados quanto à questão do cabimento dos embargos infringentes em remessa necessária, enviando-se os autos à 3ª Seção para o julgamento da divergência quanto aos juros (EResp 823.905/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/03/2009, DJe 30/03/2009).

²⁶ Artigo 496 – São cabíveis os seguintes recursos: I – apelação; II – agravo; III – embargos infringentes; IV – embargos de declaração; V – recurso ordinário; VI – recurso especial; VII – recurso extraordinário; VIII – embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário.

mas, sim, plantado no tópicos relativo à coisa julgada.

Reforça o argumento a constatação de que inexistente inconformismo recursal ou a sucumbência do julgador, a quem incumbe a iniciativa do recurso *ex officio* e, ainda, não há prazo previsto para a remessa, nem preclusão a respeito. Não há legitimado, nem tampouco voluntariedade, de sorte que atua sem provocação das partes.

Sintomático do que se afirma, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “o reexame necessário devolve ao Tribunal a matéria decidida na sentença e não qualquer alegação que a Fazenda Pública poderia ter deduzido no processo e não o fez”. (REsp 775.663/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/10/2005, DJ 24/10/2005 p. 301), tendo a extensão bem aquilatada por Marcelo Bonício (*Capítulos da sentença e efeitos dos recursos*. ps. 187-8), ao abordar esse efeito, quando afirma que “com isso, por força de lei, mesmo quando a Fazenda Pública não se manifestar, no apelo, irresignação em relação a todos os capítulos da sentença, e mesmo que não existam capítulos dependentes daqueles que foram impugnados, mesmo assim o tribunal poderá conhecer e julgar todos os capítulos da sentença”.

Forçoso discordar apenas do ilustre Autor ao afirmar que “trata-se de uma exceção à regra de que a apelação devolve ao tribunal apenas a matéria impugnada (...)”, porque de exceção propriamente dita não se trata, já que o reexame necessário não está submetido ao regime recursal, justamente por ter natureza jurídica diversa.

Resumindo, apenas o conteúdo da sentença sofre revisão por força do duplo grau de jurisdição obrigatório e não o conteúdo do inconformismo fazendário, que, *e.g.*, tenha sido destilado na defesa, ou mesmo que poderia tê-lo sido e não o foi, sujeitando o tema à preclusão.²⁷

²⁷ RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. REEXAME NECESSÁRIO. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE OPORTUNA ALEGAÇÃO. MATÉRIA QUE NÃO PODE SER CONHECIDA DE OFÍCIO. ART. 219, § 5º, DO CPC, EM SUA REDAÇÃO ANTERIOR. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacificado no sentido de que, em se tratando de acórdão proferido anteriormente à vigência da Lei 11.280/2006, que deu nova redação ao art. 219, § 5º, do CPC, não cabe o reconhecimento da prescrição de ofício, mesmo em sede de reexame necessário, por se referir a direitos patrimoniais, devendo a parte interessada invocá-la por intermédio dos meios processuais adequados, e não por meio de embargos de declaração. 2. Na hipótese dos autos, o TRF da 4ª Região, na via do reexame necessário, não analisou o tema relativo ao implemento do prazo prescricional, porquanto este não foi objeto da sentença, bem assim não se tratava de matéria impugnada, oportunamente, na petição de contestação, motivo pelo qual foi considerada matéria nova e, portanto, insuscetível de ser apreciada. Além disso, nos termos do art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, na redação anterior à edição da Lei 11.280/2006, não era devido o reconhecimento de ofício da prescrição pelo julgador. 3. Não merece ser conhecida a alegada violação do art. 1º do Decreto 20.910/32, porquanto o efetivo implemento do prazo prescricional não foi objeto de debate e decisão no acórdão recorrido. Esse tema, inclusive, encontra-se prejudicado, tendo em vista o reconhecimento da ausência de vulneração dos arts. 475 e 535 do Código de Processo Civil. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido (REsp 823.486/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 13/11/2008).

Aliás, admitir o reexame necessário como recurso implicaria negar o princípio da taxatividade dos recursos e da unicidade recursal²⁸, sem contar os aspectos a que se refere Jorge Tosta (2005, p. 152), por considerar da natureza do recurso “a discursividade ou dialeticidade, traduzida na necessidade de fundamentação do inconformismo, a fim de que a outra parte possa contrariá-lo, à luz do processo do contraditório, e o órgão *ad quem* possa definir e decidir os limites da contrové-

ÇÃO. AUSÊNCIA DE OPORTUNA ALEGAÇÃO. MATÉRIA QUE NÃO PODE SER CONHECIDA DE OFÍCIO. ART. 219, § 5º, DO CPC, EM SUA REDAÇÃO ANTERIOR. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacificado no sentido de que, em se tratando de acórdão proferido anteriormente à vigência da Lei 11.280/2006, que deu nova redação ao art. 219, § 5º, do CPC, não cabe o reconhecimento da prescrição de ofício, mesmo em sede de reexame necessário, por se referir a direitos patrimoniais, devendo a parte interessada invocá-la por intermédio dos meios processuais adequados, e não por meio de embargos de declaração. 2. Na hipótese dos autos, o TRF da 4ª Região, na via do reexame necessário, não analisou o tema relativo ao implemento do prazo prescricional, porquanto este não foi objeto da sentença, bem assim não se tratava de matéria impugnada, oportunamente, na petição de contestação, motivo pelo qual foi considerada matéria nova e, portanto, insuscetível de ser apreciada. Além disso, nos termos do art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, na redação anterior à edição da Lei 11.280/2006, não era devido o reconhecimento de ofício da prescrição pelo julgador. 3. Não merece ser conhecida a alegada violação do art. 1º do Decreto 20.910/32, porquanto o efetivo implemento do prazo prescricional não foi objeto de debate e decisão no acórdão recorrido. Esse tema, inclusive, encontra-se prejudicado, tendo em vista o reconhecimento da ausência de vulneração dos arts. 475 e 535 do Código de Processo Civil. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido (REsp 823.486/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 13/11/2008).

²⁸ Jorge Tosta (2005, p. 158) argumenta a respeito que “parece-nos incorreta, também, a afirmação de que, na hipótese de a Fazenda ingressar com recurso de apelação, a sentença estaria sendo impugnada por dois recursos, afrontando o princípio da singularidade. Primeiramente é preciso ressaltar que o reexame necessário, segundo nosso entendimento, não é recurso. Assim, é absolutamente impróprio afirmar que a sentença está sendo impugnada por dois recursos, em afronta ao princípio da singularidade”.

sia". Conclui o Autor que "no reexame necessário tal não ocorre, porque inexistente manifestação formal do inconformismo, a fim de que outra parte possa contrariá-lo, à luz do princípio do contraditório, e o órgão *ad quem* possa definir e decidir os limites da controvérsia".

Reforça o argumento a consolidação da jurisprudência, que, no tratamento do tema, resultou na edição dos seguintes verbetes:

- Nas decisões por maioria, em reexame necessário, não se admitem embargos infringentes²⁹.

Ora, justamente por ausência de "recurso", exigência referida no artigo 530 do Código de Processo Civil³⁰ que trata dos embargos infringentes, não tem sítio o recurso que poderia ser detonado em caso de decisão não unânime das Cortes.

Um dos acórdãos que serviu de precedente à uniformização da jurisprudência fez constar, no voto do Relator, que "a lei restringe, pois, a possibilidade de uso dos infringentes aos julgados, por maioria, proferidos em apelação e em ação rescisória; silencia quando se trata de decisões proferidas em reexame necessário".³¹ Essa argumentação que se repete em todos os demais precedentes que acabaram culminando com a edição do verbete.

Resulta claro desse entendimento a consequência da diferença entre o reexame necessário e o recurso, a ponto de sofrer tratamento particular, que afasta sua con-

figuração como recurso, mesmo que por equiparação ou analogia.

Ou seja, fica restrito ao caráter apropriado – e não de recurso – inclusive para fins de interposição dos embargos infringentes.

- No reexame necessário, é defeso, ao tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública.³²

Também mais uma vez por ausência da natureza recursal, não pode o reexame necessário implicar agravamento da situação fazendária, não só porque posto em seu benefício, mas porque ausentes razões de inconformismo, de sorte que cabe apenas como medida de reexame de *improcedência*.³³

²⁹ Súmula 45, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 16/06/1992, DJ 26/06/1992 p. 10156.

³⁰ PROCESSUAL CIVIL. REFORMATIO IN PEJUS EM REMESSA OFICIAL. O instituto da remessa *ex officio* consulta precipuamente o interesse do Estado ou da pessoa jurídica de direito público interno, quando sucumbente, para que a lide seja reavaliada por um colegiado e expurgadas imprecisões ou excessos danosos ao interesse público. Fere a proibição de *reformatio in pejus* a decisão que, na remessa de ofício, agrava a condenação impingida à Fazenda Pública, sabendo-se que o duplo grau de jurisdição só a ela aproveita. Se a parte vencedora no primeiro grau de jurisdição deixou de recorrer, conclui-se que se conformou, *in totum*, com o julgamento, não se lhe podendo beneficiar mediante um recurso cujo interesse a tutelar não é o seu. Recurso provido, por unanimidade (REsp 14238/SP, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/08/1992, DJ 21/09/1992 p. 15657).

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. PETIÇÃO INICIAL. ADEQUAÇÃO. POSSIBILIDADE. SENTENÇA. LIMITE. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO. AGRAVAMENTO DA CONDENAÇÃO À FAZENDA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. 1. A teor da jurisprudência desta Casa, não se configura julgamento *extra* ou *ultra petita* quando o julgador, nas ações de natureza acidentária, atento aos requisitos legais, deferir benefício diverso do pleiteado na exordial, haja vista a natureza da demanda e a relevância da questão social envolvida. 2. A compreensão de adequação ao pleito inicial encontra limite na prestação jurisdicional entregue pelo órgão de primeiro grau ao prolatar a sentença, diante das regras contidas nos artigos 475, I, e 515, ambos do CPC, que prevêm a sujeição da sentença proferida contra a Fazenda Pública à confirmação pelo Tribunal e o efeito devolutivo da matéria impugnada na apelação. 3. A jurisprudência

²⁹ Súmula 390, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/09/2009, DJe 09/09/2009.

³⁰ Art. 530 – Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado precedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

³¹ PROCESSUAL CIVIL. REMESSA NECESSÁRIA. DECISÃO DADA POR MAIORIA. EMBARGOS INFRINGENTES. NÃO CABIMENTO. 1. Não são cabíveis Embargos Infringentes contra decisão dada por maioria, em remessa necessária. 2. Agravo Regimental conhecido e não provido (AgRg no Ag 185889/RS, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 08/06/2000, DJ 01/08/2000 p. 292).

Esse posicionamento do Superior Tribunal de Justiça revela-se firme e incontestado em nosso ordenamento, mercê de inúmeros julgados que acabaram resultando na edição da Súmula 45/STJ e que dão base ao argumento negativo em relação ao caráter recursal do instituto.

Rita Ganesini (1999, p. 918) afirma que o duplo grau de jurisdição necessário tem

pacífica desta Corte confirma ser defeso agravar a situação da Fazenda Pública em sede de remessa oficial. Incidência do óbice da Súmula n. 45/STJ. 4. Recurso especial provido (REsp 1083643/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2009, DJe 03/08/2009).

Mas *deve* esgotar a matéria desfiada na sentença, por força do efeito translativo:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. OMISSÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 535, II, DO CPC. AUSÊNCIA DE EXAME DO MÉRITO DA LIDE, POR FORÇA DA REMESSA OFICIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 475, II, DO CPC. NECESSIDADE DE EXAME DAS QUESTÕES PLEITEADAS PELA PARTE. ANULAÇÃO. 1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento ao Especial da parte agravante. 2. O acórdão *a quo*, tendo em vista restar incólume a liquidez e certeza da dívida, considerou válida a CDA. 3. Questão referente ao mérito da ação (excesso de execução, falta de liquidez e certeza da CDA) apreciada e decidida na sentença e não analisada por forma da remessa oficial (art. 475, II, do CPC) quando do julgamento pelo Tribunal *a quo*, não obstante a oposição de embargos de declaração para tal finalidade. 4. Tal tema deve ser examinado em face do duplo grau de jurisdição obrigatório pelo Tribunal recorrido. O exame da sentença, em virtude da remessa necessária, independe de pedido explícito da Fazenda Pública, por ser dever imposto por lei (art. 475, II, do CPC), e não por mera liberalidade recursal da parte sucumbente. 5. A parte tem direito a que haja manifestação direta sobre as suas pretensões. A omissão constitui negativa de entrega da prestação jurisdicional. A prestação jurisdicional há que ser entregue em sua plenitude. É dever do magistrado apreciar as questões que lhe são impostas nos autos, assim como à parte ter analisado os fatos postos ao exame do Poder Judiciário. Caracterização de omissão no julgamento do *v. decisum a quo*. 6. Agravo regimental provido para, na seqüência, prover o recurso especial por violação dos arts. 475, II, e 535, II, do CPC, a fim de anular a decisão impugnada, com o retorno dos autos ao egrégio Tribunal *a quo* para que, desta feita, profira nova decisão com a análise do mérito da lide (anulação da CDA por excesso de execução e falta de liquidez e certeza) (AgRg no REsp 839.405/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/08/2006, DJ 14/09/2006 p. 283).

a natureza jurídica de condição de eficácia da sentença, o que admite acompanhada de larga doutrina³⁴ e baseada em especial na Súmula 423 do STF, segundo a qual não transita em julgado a sentença que houver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*.

Essa a orientação predominante na doutrina e na jurisprudência, sendo todavia de extrema juridicidade o argumento de que, “não raras vezes, a sentença produz efeito, ainda que não tenha sido confirmada pelo tribunal. É o que ocorre, *v.g.*, com relação à sentença que confirma a antecipação de tutela ou a concede nesse ato jurisdicional”, como ensina Fabiano Carvalho (2009), afirmando ainda que “o reexame necessário pode não estar relacionado propriamente à eficácia da sentença, mas, sim, ao trânsito em julgado e, conseqüentemente, à coisa julgada”, recordando que o Verbete 423 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, editado desde o Código de 1939, mas ainda em vigor, estabelece que “não transita em julgado a sentença que houver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*”, para concluir tratar-se de tema ligado à coisa julgada, mais especificamente.

De todo recomendável, convém dar destaque, que não se associe essa condição à *inexistência* da sentença, mas, sim, à sua ineficácia, posto que padece de requisito hábil à sua consecução no mundo empírico, sendo verdadeira exceção a execução antecipada.

Para Teresa Arruda Alvim Wambier (2002, p. 189), “como todo ato jurídico, a sentença comporta exame sob *tríplice* as-

³⁴ A Autora menciona Alcides Mendonça Lima (1976, p. 181-188), que conclui ser condição de eficácia da sentença. Nelson Nery Junior (2001, p. 44) afirma que a eficácia da sentença fica condicionada ao reexame pelo órgão imediatamente superior. Orestes Nestor de Souza Laspro esclarece tratar-se de uma condição de eficácia da sentença, ou seja, a existência de duplo grau de jurisdição é requisito indispensável para que se possa ser considerada decidida a questão (*Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*, p.170).

pecto: a existência jurídica em si mesma, a validade e a eficácia”.

A relevância dessa distinção conduz ao acerto da conclusão que se possa dar a tema em exame. Dinamarco (2001, p. 268) bem registra que “só quanto a uma sentença que exista, obviamente, se pode cogitar da produção de efeitos”. E, ausente o reexame, pode vir a ser suprida a falha, de sorte que a mesma sentença, que sempre existiu e permanecerá existente, venha também a aperfeiçoar-se, com a produção dos efeitos e consequente eficácia apropriada, aqui entendido *eficácia* como *produção de efeitos* (WAMBIER, 2007, p. 473).

Enfatiza o tema a noção de Couture (1999, p. 302) acerca do ato inexistente, ao afirmar que “não é necessário a seu respeito um ato posterior que o prive de validade, nem tampouco é possível que atos posteriores o confirmem ou homologuem, conferindo-lhe eficácia”.

De fato, sentença existe, apenas não tem habilidade para ser executada, posto que pendente a condição, o que levou Tosta a adiantar-se em considerar o reexame necessário como instituto que tem natureza de *condição suspensiva ex lege* (2005, p. 151).

Essa afinação de conceito justifica-se na opinião do Autor por não ocorrer o trânsito em julgado da sentença enquanto não cumprido esse *iter* a que está sujeita nos casos previstos em lei, e por considerar que tratar o tema como condição de eficácia acabaria por lhe retirar o caráter teórico geral, posto que alguma sentenças podem perfeitamente ser executadas, ainda que sob reexame necessário³⁵.

Ora, conquanto correto o asserto, verdade é que a definição trazida pelo Autor em nada difere da dificuldade encontrada pela mesma conclusão; vale dizer, seja condição de eficácia, seja condição suspensiva, em ambos os casos acaba por ser transposta a

³⁵ Vide a propósito o que dispõe a Lei de Mandado de Segurança, que desde a anterior edição já previa a possibilidade de execução imediata do *writ*. (Lei 12.016/2009, art. 14).

eficácia e a suspensividade, pela possibilidade, em alguns raros casos, de execução.

De todo modo, o trânsito em julgado não opera em qualquer caso, posto que pendente a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição, o que serve de respaldo à consideração da teoria dominante.

Resulta desse entendimento que, por tudo, a preocupação do legislador processual foi a de impedir, em regra, a execução provisória contra a Fazenda Pública enquanto uma decisão desfavorável não tiver sido *afirmada e reafirmada* pelo Judiciário e transitada em julgado, como indubitável forma de garantia do interesse público.

Em regra, a especialidade da execução impõe-se nas ações contra a Fazenda Pública, consequência do peculiar tratamento constitucional do sistema de pagamentos de débitos judiciais, o que inviabiliza a execução provisória, por conta da exigência de previsão orçamentária³⁶.

No atual sistema e no vindouro (conforme proposta apresentada pela Comissão de Juristas/Senado³⁷), a execução contra a Fazenda Pública deve seguir o rito do disposto no atual artigo 730 do CPC, escrito sob o molde constitucional e em obediência aos princípios que regem a atividade estatal e o regime do pagamento pela via do precatório.

³⁶ Nos termos do § 1º do artigo 100 da Constituição Federal, “é obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

³⁷ No Anteprojeto, a matéria está assim regradada: Art. 834. Na execução fundada em título extrajudicial contra a Fazenda Pública, a devedora será citada para opor embargos em um mês. § 1º Não opostos embargos ou transitada em julgado a decisão que os rejeitar, expedir-se-á precatório em favor do exequente, observando-se o disposto no art. 100 da Constituição da República. § 2º O processamento dos embargos, dos precatórios e das requisições de pequeno valor observará o disposto neste Código sobre o cumprimento da sentença que reconhecer obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública.

Atento a esse questionamento, inviável a execução provisória contra a Fazenda Pública. A propósito, menciona Humberto Theodoro Junior (1997) a necessidade de trânsito em julgado para iniciar-se a execução, concluindo que, “quanto à necessidade, ou não, de aguardar-se o trânsito em julgado da sentença dos embargos para expedir-se o ofício requisitório, penso que, a rigor, a execução provisória contra a Fazenda Pública, por meio do precatório ‘condicional’, não se coaduna com o procedimento dos artigos 730 e 731 do CPC”. É que a Fazenda Pública, enquanto não tem contra si a coisa julgada, não está sujeita a pagar a obrigação liquidada em juízo, não havendo, por isso, como “requisitar-lhe judicialmente” um pagamento ainda não exigível.

Marcelo Abelha Rodrigues (2008, p. 414) aborda com propriedade o tema, ao reconhecer não ser possível a execução provisória contra a Fazenda. Considera o autor que o pagamento será feito por precatórios judiciais, que deverão constar de dotação orçamentária expressa e previamente prevista em lei para isso, não se admitindo, portanto, um tipo diferente de “precatório provisório”. E questiona o autor: “considerando-se ainda que não existe penhora de bens públicos, questionar-se-ia: qual a vantagem de uma execução provisória, se não há necessidade de garantia do juízo?”

Sendo assim, impossível a execução provisória uma vez que, se a norma constitucional exige o trânsito em julgado para o pagamento dos precatórios, tal exigência se revela como obstáculo à execução provisória.

Prevalece na jurisprudência esse entendimento conforme se infere de decisão monocrática proferida pela Ministra Ellen Gracie, em medida cautelar, *in verbis*:

“As razões articuladas pelo requerente demonstram existir plausibilidade jurídica no pedido cautelar, tendo em vista que a EC 30/2000, ao dar nova redação ao § 1º do art. 100 da CF,

explicitou a necessidade de trânsito em julgado da sentença para que o pagamento de débito dela decorrente seja feito por meio de precatório, após a inclusão da correspondente verba no orçamento da entidade de direito público. Parece, numa análise preliminar, mostrar-se contrária a essa nova ordem constitucional a execução provisória contra a Fazenda Pública, para pagamento de quantia decorrente de decisão que ainda pode vir a ser reformada por meio de recurso, sendo contrário ao princípio da razoabilidade esse pagamento em detrimento de credores titulares de precatórios oriundos de sentenças transitadas em julgado”. (Pet. 2.390/SP, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 16.08.2001)

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de modo taxativo, da mesma forma reconheceu a total impossibilidade de execução provisória contra a Fazenda Pública. Este entendimento está consubstanciado em ementa de recente julgado:

“PROCESSUAL CIVIL. Execução provisória contra a Fazenda Pública. IMPOSSIBILIDADE. Inteligência do art. 100, par. 3º, da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 30/00. Necessidade de se aguardar o trânsito em julgado da decisão proferida nos embargos.” (TJSP – Sexta Câmara de Direito Público. AI n. 907.551,5/5-00, Rel. Des. Oliveira Santos: 22.6.2009)

E não seria coerente admitir a ausência de devolutividade do recurso de apelação oposto pela Fazenda Pública se, ao mesmo tempo, há óbice à execução provisória.

Portanto, nada tem a ver o reexame necessário com o resguardo da possibilidade de omissão recursal ou atividade desidiosa do advogado público (por não se tratar de recurso, não é demais reafirmar), mas, muito além, com a necessidade de evitar dano irreparável ou de incerta reparação

que decorre de decisões a respeito das quais não se estabeleceu o indispensável debate jurídico, sendo de notório saber a dificuldade (*rectitus* impossibilidade) de restabelecimento do *statu quo ante*, nos casos de reversão do julgado.

Conquanto possa sensibilizar o argumento da efetividade consagrada em nossa Carta Magna, capaz de afastar a submissão dos litigantes à longa espera pelo *bem da vida*, o reexame necessário e, de resto, a atividade recursal não são os vilões da modernização do processo civil brasileiro, mas, sim, a estrutura do Judiciário, incapaz de dar albergue imediato às tensões sociais.³⁸

Assim, quimérico esperar da pena da lei a panaceia; é o que resulta dessa inter-

³⁸ Recente pesquisa levada a efeito pela Fundação Getúlio Vargas traz conclusão que não soa estranha a quem milita no foro: “Os cartórios judiciais produzem grande impacto na morosidade do processo e no acesso à Justiça. Esta é a conclusão de pesquisa inédita, divulgada pela Secretaria da Reforma do Judiciário, órgão do Ministério da Justiça, na última semana, em Brasília. De acordo com estudo encomendado à Fundação Getúlio Vargas, outros aspectos contribuem para o mau desempenho dos cartórios, entre eles o fato de eles não serem vistos como co-responsáveis do sistema de Justiça, dos funcionários não estarem motivados e do quadro organizacional e de funcionamento em vigor serem ineficientes. O chefe de gabinete da Secretaria da Reforma do Judiciário, Vinícius Wu, explicou que o estudo envolveu a análise de quatro diferentes cartórios de São Paulo, durante período de seis meses. Duas dessas instâncias situam-se na Capital, sendo que uma funciona há algumas décadas e a outra há mais de 100 anos. Os outros dois cartórios são do interior, um de uma comarca onde o juiz está lotado há mais de dez anos e o outro de localidade onde o magistrado responsável atua a menos de um ano. Fatores como o acervo processual, a relação de processos por escrevente e o relacionamento dos responsáveis com os funcionários foram levados em consideração. Uma das constatações foi de que o tempo em que o processo fica no cartório é alto, se comparado ao tempo total de tramitação. Descontados os casos em que os autos são levados ao juiz para alguma decisão ou retirados por advogados para vista e manifestação, eles ficam nos cartórios por cerca de 80% a 95% do tempo total de processamento. Segundo o estudo, no período em que estão sob o domínio do cartório, as ações estão aguardando alguma providência a ser realizada pelo funcionário ou o cumprimento de prazo pelos advogados”. (Disponível em: <<http://www.refad.com.br/viewnot.php?id=55>>. Acesso em: 23 maio 2008).

pretação que se traduz em imediatidade, sem preocupação com a verdadeira problemática que envolve a máquina judiciária.

Esse retrato bem se verifica na reforma que sofreu o reexame necessário, introduzida pela Lei 10.352 de 26.12.2001, em vigor desde 26.03.2002, e que modificou o artigo 475 do Código de Processo Civil e está mantido na proposta da Comissão de Juristas ao Congresso Nacional e no Projeto aprovado pelo Senado Federal.³⁹

³⁹ “A Comissão de Juristas responsável pela apresentação de anteprojeto do novo Código de Processo Civil (CPC) manteve no texto final a figura do ‘reexame necessário’ de ações contra a fazenda pública, mas restrito a causas de alto valor. A ideia é que ações com valor acima de mil salários mínimos (R\$ 510 mil) tenham necessariamente um segundo julgamento, desta vez pelo tribunal da instância imediatamente superior à decisão do juiz original. A obrigatoriedade estava sendo revista pela Comissão, mas opiniões em contrário colhidas durante audiências públicas deixaram clara a necessidade do reexame. Atualmente, o CPC prevê o reexame necessário para causas acima de 60 salários mínimos (R\$ 30,6 mil). – Nós nos sensibilizamos com isso e mantivemos o reexame necessário nas causas contra a Fazenda, muito embora tenhamos modulado o valor das causas diante de uma nova realidade – afirmou o presidente da comissão Luiz Fux, ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ)”. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/agencia/verNoticia.aspx?codNoticia=100943>>. Acesso em: 8 jun. 2010. Em seguida, apresentado o anteprojeto do novo Código de Processo Civil, dele constou o novo tratamento proposto, com a seguinte redação: Art. 478. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública. § 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los. § 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação ou o direito controvertido for de valor certo não excedente a mil salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. § 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal, em súmula desse Tribunal ou de tribunal superior competente, bem como em orientação adotada em recurso 139 representativo da controvérsia ou incidente de resolução de demandas repetitivas. §

Conforme antes mencionado, vinham os tribunais interpretando a regra de duplo grau de jurisdição obrigatório com caráter extensivo, tendo sido ali mencionado exemplos tais como o da aplicação do reexame necessário em causas de despejo, mesmo que considerada a atuação de direito privado; à ação cautelar e à fase de execução (e não apenas de conhecimento).

Na esfera legislativa, foi a garantia estendida às autarquias e fundações de direito público (Lei 9.469/1997, art. 10).

Justamente nesse cenário e assumindo corrente contrária à evolução do instituto e ampliação de seu campo de incidência, sobreveio a Lei 10.352/2001 e os parágrafos 3º e 4º acrescentados ao artigo 475 do CPC.

Especialmente em razão dos parágrafos 2º e 3º que foram acrescentados, cabem importantes considerações, tendo em conta

4º Quando na sentença não se houver fixado valor, o reexame necessário, se for o caso, ocorrerá na fase de liquidação. Veio, todavia, a ser aprovado pelo Senado, com a seguinte redação: Art. 483. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública; III - que, proferida contra os entes elencados no inciso I, não puder indicar, desde logo, o valor da condenação. § 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do respectivo tribunal avocá-los. § 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que o valor da condenação, do proveito, do benefício ou da vantagem econômica em discussão for de valor certo inferior a: I - mil salários mínimos para União e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II - quinhentos salários mínimos para os Estados, o Distrito Federal e as respectivas autarquias e fundações de direito público, bem assim para as capitais dos Estados; III - cem salários mínimos para todos os demais municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público. § 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em: I - súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

a profunda alteração que deles resulta no sistema de garantias processuais da Fazenda Pública.

A limitação do reexame necessário às causas de valor superior ao inscrito no texto atual ou no Projeto 166/2010 deixa sem solução o dano irreparável que possa advir de decisões singulares proferidas em causas que, conquanto não sejam expressão de valor, refiram-se a temas de grande interesse para o Poder Público.

A respeito, convém ressaltar que a expressão *valor certo* a que se referiu o legislador, por vir acompanhada de limite quantitativo, significa *valor líquido*, pois *certeza* diz respeito a existência e não a valor, de sorte que deveriam ser desde logo afastadas da incidência da norma as condenações que dependam de apuração decorrente da iliquidez. Todavia, não raro decidiu o Superior Tribunal de Justiça pela sua aplicação a sentenças ilíquidas, considerado como parâmetro o valor da causa⁴⁰, o que torna preocupante a hipótese quando aplicada a causas que não têm o conteúdo econômico como principal objetivo, sem que isso lhe retire a importância política ou estratégica.

⁴⁰ AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. VALOR DA CAUSA INFERIOR A 60 SALÁRIOS MÍNIMOS. ARTIGO 475 DO CPC. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. O artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, autoriza o relator a negar seguimento a recurso contrário à jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. 2. O STJ já firmou o entendimento de que o instante da prolação da sentença é o próprio para se verificar a necessidade de sua sujeição ao duplo grau, daí porque, quando se tratar de sentença ilíquida, deve ser considerado o valor da causa atualizado. 3. Em se tratando especificamente de prestação continuada, para efeito do disposto no art. 475, § 2º, do CPC, a remessa necessária será incabível, também, se o valor das prestações vencidas, quando da prolação da sentença, somado ao das doze prestações seguintes não exceder a sessenta salários mínimos. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 922.375/PR, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 22/11/2007, DJ 10/12/2007 p. 464)

É bem de se notar que o mesmo Superior Tribunal de Justiça ora tem considerado que a iliquidez impede a aplicação da exceção⁴¹, ora tem admitido que, ausente conteúdo econômico, descabe o critério legal^{42, 43}.

Nem fica superado o quadro problemático com a introdução do parágrafo 4º

⁴¹ PROCESSO CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. SENTENÇA ILÍQUIDA. A sentença ilíquida proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município e as respectivas autarquias e fundações de direito público está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; a exceção contemplada no § 2º do art. 475 do Código de Processo Civil supõe, primeiro, que a condenação ou o direito controvertido tenham valor certo e, segundo, que o respectivo montante não exceda de 60 (sessenta) salários mínimos. Embargos de divergência conhecidos e providos. (REsp 1103025/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 12/04/2010, DJe 10/05/2010).

⁴² PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. REEXAME NECESSÁRIO. INTELIGÊNCIA DO § 2º DO ART. 475 DO CPC, COM A REDAÇÃO DA LEI 10.352/01. 1. Nos termos do art. 475, § 2º, do CPC, a sentença não está sujeita a reexame necessário quando “a condenação, ou o direito o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos”. Considera-se “valor certo”, para esse efeito, o que decorre de uma sentença líquida, tal como prevê o art. 459 e seu parágrafo, combinado com o art. 286 do CPC. 2. Os pressupostos normativos para a dispensa do reexame têm natureza estritamente econômica e são aferidos, não pelos elementos da demanda (petição inicial ou valor da causa), e sim pelos que decorrem da sentença que a julga. 3. A norma do art. 475, § 2º, é incompatível com sentenças sobre relações litigiosas sem natureza econômica, com sentenças declaratórias e com sentenças constitutivas ou desconstitutivas insuscetíveis de produzir condenação de valor certo ou de definir o valor certo do objeto litigioso. 4. No caso, a ação tem por objeto a averbação de tempo de serviço de atividade rural para fins de aposentadoria, sendo que a sentença não contém “condenação” e nem define o valor do objeto litigioso. 5. Embargos de divergência providos. (REsp 600.596/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/11/2009, DJe 23/11/2009)

⁴³ Registra Leonardo José Carneiro da Cunha (2009, p. 348) que “a 5ª Turma do STJ, contrariamente ao entendimento firmado por sua 1ª Turma, vem consolidando jurisprudência no sentido de que ‘tratando-se de sentença ilíquida, o cabimento ou não do reexame necessário deve ser aferido pelo valor da causa, devidamente atualizado’ (AC. Um., da 5ª Turma do STJ – AgRg no REsp 600.596/RS, rel. Min. Felix Fischer, j. 14/6/2005, p. 348)”.

ao artigo 478 do anteprojeto do Código de Processo Civil, que relega para a fase de liquidação o reexame necessário, quando ilíquida a sentença, porque permanece em aberto a questão da ausência de expressão patrimonial (mas não de expressão política e social) capaz de ensejar a aplicação do valor da causa como critério de exclusão de submissão ao instituto ou o inciso III do art. 483 do Projeto 166/2010, que mantém o reexame necessário da decisão que, proferida contra os entes elencados no inciso I, não puder indicar, desde logo, o valor da condenação, porque esse critério – valor – não expressa a importância de demandas de vulto diverso do econômico.

A inquietação tem plena justificação. Melhor exemplificando, nos casos de desestatização, que envolvem interesse público de alto relevo⁴⁴, inexistente conteúdo econômico imediato, ausente pleito condenatório, no mais das vezes, meramente declaratório de nulidade dos editais.

O prejuízo do interesse público na supressão do duplo grau de jurisdição obrigatório às sentenças de eficácia declaratória ou constitutiva acabou passando despercebido às críticas de Francisco Glauber Pessoa Alves (2003) ao afirmar que tais demandas “(...) não dispõem do condão de financeiramente atingir os cofres fazendários”, abstraindo o fato de que nem sempre apenas a supressão financeira direta do erário representa menoscabo ao interesse público.

A possibilidade de subtração do reexame necessário a essas demandas (e a outras) capazes de traduzir verdadeiro e irreparável prejuízo ao interesse público envolvido, gerando travamento de planos de governo, de ordem social, bem demonstra o desacerto do critério trazido pela inova-

⁴⁴ Há, em andamento na Justiça Federal no Estado de São Paulo, ações visando a anulação da venda do Banespa, cujo valor dado à causa representa o mínimo exigido pela tabela de custas, sendo, todavia, indubitosa a relevância dessas causas que, sob o atual critério (e o do anteprojeto), estariam subtraídas ao reexame obrigatório.

ção que não merece servir de base ao novo ordenamento processual civil em estudo pelo Senado Federal.

Se a intenção do legislador atual foi a de “evitar a discussão de valores de pouca expressão econômica para o Poder Público, que, em última análise, tutela o patrimônio de todos os cidadãos, o qual teria maiores gastos com a continuidade do feito, que serviria apenas para abarrotar os tribunais”, como afirma Rogério Coelho (Reexame necessário e uniformização de jurisprudência, *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*, p. 565), fica evidenciada a frustração desse objetivo, diante de demandas incapazes de valoração sob tal critério.

Outro aspecto que resultou da mesma reforma legislativa, mercê do acréscimo do parágrafo 3º do art. 475 do Código de Processo Civil, foi nova restrição do espectro do reexame necessário, em confronto com a evolução interpretativa que vinha sendo conferida ao tema.

Permite-se agora a imediata eficácia da decisão singular, quando o prolator a considere consonante com a jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou com súmula do mesmo Tribunal ou do tribunal superior competente⁴⁵.

⁴⁵ Leonardo José Carneiro da Cunha (2009, p. 216) indica, numa interpretação sistemática do artigo 475 c.c. artigo 557, parágrafo 1º, do CPC que “há, na verdade, uma gradação legal a respeito da matéria. Realmente, confrontando-se o art. 557 e seu parágrafo 1º-A com o parágrafo 3º do art. 475 do CPC, chega-se à seguinte conclusão: a) para que o relator, por decisão isolada, possa negar seguimento ao recurso ou ao reexame necessário, deve haver *súmula* ou *jurisprudência dominante* do próprio tribunal ou de Tribunal Superior; b) para que o relator, por decisão singular, possa dar provimento ao recurso ou ao reexame necessário, deve haver *súmula* ou *jurisprudência dominante* apenas do Tribunal Superior; c) para que o juiz de primeira instância possa dispensar o reexame necessário, é preciso que haja *súmula* de Tribunal Superior ou *jurisprudência do pleno* do STF. A propósito: PROCESSUAL CIVIL. REMESSA OFICIAL. INVOCAÇÃO DE PRECEDENTE DO STF. INTELIGÊNCIA DO ART. 475, § 3º, DO CPC. 1. A Lei n. 10.352/2001 acrescentou o § 3º ao art. 475 do CPC, para dispensar o reexame necessário quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do STF ou de Tribunal

Bom anotar, de modo crítico, que a disposição cede à tendência de adoção da uniformização da jurisprudência, mas, convém a crítica, de modo inadequado, posto que impede o reexame em vez de permitir que o tribunal *ad quem*, pelos meios legais hoje vigorantes, venha a decidir a causa, ainda que no juízo monocrático, fazendo prevalecer justamente o que o *caput* do artigo 475 buscou evitar, ao consagrar o duplo grau de jurisdição em regime obrigatório.

Assim mantido, vem corroborar, às avessas, o que se assemelha a uma certa tendência doutrinária à adoção da súmula vinculante, já vigorante em matéria constitucional, mas que ainda encontra plena resistência de extensão a matéria de lei federal, certo que adesão irrestrita vem enfrentando sérios posicionamentos desfavoráveis. Portanto, quando da reforma, encontrava-se (e ainda se encontra) em pleno debate o tema, resultando que a inovação figurada pela nova restrição apresentou-se no mínimo inoportuna, em face da precocidade.

E, na verdade, não se tratando de súmula vinculante, porque o dispositivo não limita a sua extensão a esses casos, mas a todos em que se verifique, apenas e tão somente, contrariedade a “jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente”, vem a lume a advertência do Ministro Celso de Mello (Adin 594-DF/92, in *Revista Trimestral de Jurisprudencial* vol. 151, p. 44), ao mencionar que “os precedentes e as súmulas, desprovidos do conteúdo eficaz do ato legislativo, (...) não passam de indicações úteis para uniformizar-se a jurisprudência, a que, entretanto, juízes e tribunais não se encontram presos”, especialmente

Superior. 2. Cabível a remessa oficial em relação à pretensão julgada procedente sem amparo em decisão do plenário da Corte Suprema ou de súmula de Tribunal Superior. 3. Recurso especial provido. (REsp 866.925/RN, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2009, DJe 03/08/2009).

por questão de competência, reservada ao Supremo Tribunal Federal em termos de vinculação, o que melhor demonstra a absoluta incompatibilidade que resulta da solução adotada.

Saudável a expectativa que tem o jurisdicionado, de posicionamento uniforme acerca de matérias que revelam idêntico tratamento, o que se espera, por aceitável, possa surgir do bom senso na análise individual do Judiciário, tendência que se registra em praticamente todo o sistema processual reformado, não sem submeter, todavia, ao consagrado *due process of Law* que resulta do duplo grau de jurisdição adotado de modo diferenciado quando sob o tema do interesse público.

Incompreensível, na mesma feição, qualquer limitação intelectual aos operadores do direito, sejam eles advogados, promotores ou juízes. O próprio Judiciário não admite a cristalização de entendimento e constantemente vem modificando posicionamentos que eram considerados definitivos.

De fato, a doutrina admite que o entendimento sumulado sofre constantes evoluções. Rodolfo Camargo Mancuso (2007, p. 376) afirmou na ocasião que os dois agora extintos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo editaram expressivo número de súmulas e alerta para o fato de que várias delas foram depois alteradas, revogadas ou substituídas, revelando-se uma “constante predisposição dos tribunais em se manterem alertas quanto à preservação da atualidade dos assentos que emitem”.⁴⁶

Pois bem: justamente com base nesse argumento doutrinário, que considera o direito sumular adequado, porque sensível às evoluções exegéticas, é que se deve inadmitir a apregoada vinculação. Anota a respeito José Rogério Cruz e Tucci (2004,

p. 248) que “(...) o padrão de concordância ou discordância é transitório. *Ex abrupto*, aquilo que parecia incontestável passa a ser criticado, e uma nova interpretação é desenvolvida e aceita por uma minoria *progressista*. Os paradigmas são rompidos, dando lugar a novos *precedentes*”.

O Poder Judiciário atua por provocação. A exigência que se traduz na sedimentação do pensamento inibe a manifestação jurisprudencial e provoca a cristalização do pensamento, porque não se pode atingir qualquer evolução senão por conta da liberdade jurisprudencial. As mudanças de postura resultam inconciliáveis com o atrelamento à vinculação.

Oportuna a respeito a lição de Mancuso (2007, p. 376), para quem “embora a divergência jurisprudencial não seja em si mesma um mal – e, em certa medida, revela-se importante para a renovação do pensamento jurídico – (...)”, o que considera plausível apenas quando não se trate de temas repetitivos e idênticos.

Há outros aspectos: Luiz Flávio Gomes (1997, p. 739) traz a lume o exemplo de duas súmulas, as de números 171 e 174 do STJ, que dizem respeito ao direito penal, tratam de temas ainda bastante controvertidos e que foram precocemente sumulados, pois existiam ainda várias interpretações a respeito. Afirma o Autor que “nem sequer existe a garantia de que foi eleita a melhor. Se fossem vinculantes, estaríamos diante de um dirigismo judicial sem precedentes”.

Ainda exemplificando: O Supremo Tribunal Federal manteve a coexistência de duas Súmulas – 121 e 596 – ambas a respeito do mesmo tema, o anatocismo. Foi necessário o *labor interpretativo* a que se referiu Mancuso (*Divergência*, p. 387).

Portanto, tal qual a lei, a súmula ou o entendimento dominante dos tribunais superiores dependem de interpretação, o que demonstra não só que a vinculação não será a experiência apropriada para a garantia perseguida, como não pode ser absoluta a convicção trazida pela sentença.

⁴⁶ O II TAC Civil de São Paulo deu o exemplo, passando em revista o rol de suas súmulas: de um total de 26 enunciados, devidamente examinados pelos juízes relatores, resultou que 12 súmulas receberam proposta de *revogação*, 12 de *manutenção* e duas de *modificação*.

Ainda, “só após a tramitação da controvérsia por todos os graus de jurisdição e esgotados todos os recursos se chegará ao resultado sobre sua aplicação”, argumenta João Carlos Pestana de Aguiar Silva *apud* Mancuso (2007, p. 357) com o que dificilmente a adoção desse sistema viria a atingir o objetivo de desafogar a plethora de demandas judiciais.

De outro lado, o entendimento dominante também não será, necessariamente, o mais acertado, porque posições intermediárias podem melhor atender à correta exegese da norma. Ou seja, revela-se quase maniqueísta a intenção do legislador, a separar o bem do mal, como se na casuística fosse possível revelar tal condição com a generalidade que encerra o dispositivo.

Melhor ilustrando, temos hoje em vigor a Súmula 227/STJ, que admite a indenização por dano moral quando beneficiária a pessoa jurídica. Esse tema comporta melhor interpretação, sabido e consabido que o tema restringe-se à proteção à imagem da pessoa jurídica, ou seja, à sua honra objetiva. A se admitir, todavia, a literalidade do texto, a discussão sobre o campo de incidência seria obstada, de plano, pelo juízo singular, impedindo que, por exemplo, em sede de reexame necessário, viesse a ser revisto o assunto, num flagrante prejuízo ao interesse público, especialmente tendo em conta que, na proposta recentemente apresentada ao Congresso Nacional, causas de expressivo valor econômico, por exemplo, ainda que pouco inferiores a mil salários mínimos, portanto hoje nos expressivos valores de R\$ 250 (Estados) a 500 mil (União), serão igualmente privadas do duplo grau de jurisdição obrigatório.

Há quem afirme que o nosso sistema convive harmoniosamente com essa técnica, mercê da adoção do dissídio jurisprudencial. Na prática, é sabido que esse fundamento muito pouco ou quase nada tem sido admitido no conhecimento do recurso especial.

Também a respeito podemos relembrar a Súmula 400 do STF, segundo a qual de-

veria ser inadmitido recurso a propósito de decisão proferida com base em *razoável entendimento*. Foi sepultada pelo próprio Judiciário. De há muito não vem sendo esse óbice invocado no juízo de admissibilidade.⁴⁷

A simples existência de Súmula ou de entendimento dominante, na verdade, funciona como elemento inibidor de aventuras jurídicas, pois não será razoável supor que alguém tenha disposição para uma batalha judicial fundado em tema superado e contra o qual não possa lançar argumentos renovadores, sendo de todo razoável a compreensão do efeito persuasivo dos entendimentos jurisprudenciais sumulados ou não.

Cumprido, portanto, ao Judiciário manter essa postura em vez de esperar do jurisdicionado o controle da atividade recursal, pois está na origem o problema: patente a persuasão que advém da simples repetição de julgados, já se tem por inibida a multiplicação de recursos, o que não ocorre quando as Cortes se dividem em julgamentos diferenciados.

Moreira Alves (1966, p. 404) bem destacou esse ponto ao afirmar que “entre nós, por esta ou aquela razão, durante decênios se controverte sobre um tema, e não chega a termo o dissenso”, o que afirma ilustrando o tema, para concluir que “o princípio da utilidade tem de se fazer sentir, ainda que se importe, aqui ou ali, em certas situações menos confortáveis, mas é como o limite de recursos; esgotados os recursos, o feito tem de ter fim e com ele as divergências. É um princípio de utilidade jurídica, social, política, utilidade no seu sentido mais amplo”.

⁴⁷ A respeito, anota Theotônio Negrão (BRASIL, 2008) que “a súmula 400 perdeu quase todo o seu prestígio e raramente é invocada no STJ para o não conhecimento do recurso especial” (nota 3 ao artigo 255 do RISTJ - p. 1201). A propósito ainda a jurisprudência: “O enunciado n. 400 da Súmula do STF é incompatível com a teleologia do sistema recursal introduzido pela Constituição de 1988” (STJ - 4ª Turma - REsp 5936-PR, DJU 7.10.91, 13.971).

Convém ainda advertir – *o que não tem sido prática no exercício do impedimento de recursos, seja em nível de primeiro grau, seja no exercício do juízo monocrático, motivando a irrisignação do jurisdicionado* – que não deveria bastar a afirmação de que se encontra a decisão em consonância com o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal ou súmula das Cortes Superiores. Deveria o juiz demonstrar a relação do caso concreto com a orientação adotada naqueles Tribunais, revelando os precedentes que inspiraram a denegação.⁴⁸

A respeito anota Nery Junior (2001, p. 173) que “a motivação das decisões judiciais surge como manifestação do estado de direito, mesmo antes de ser constitucionalmente prevista”. Mas a omissão que se verifica amiúde revela que as decisões que afastam o direito recursal são antecedidas pura e simplesmente de textos *padrão*, sem qualquer fundamento explícito.

Ou seja, depende muito mais do Judiciário a diminuição da atividade recursal – e isso poderia ser facilmente constatado fosse utilizado o raro manejo do estudo estatístico – do que do jurisdicionado, que insiste no debate do tema justamente porque contempla, a seu favor e contra,

⁴⁸ E, seja pela falta de fundamentação, seja pela discordância quanto à sua relação com o caso em exame, caberá recurso de agravo de instrumento previsto no artigo 523, parágrafo 4º do CPC, com a redação dada pela Lei 10.532/01, desde que demonstrada a possibilidade de dano irreparável ou de incerta reparação. De fato, a decisão que omite o recurso *ex officio* deve ser considerada posterior à sentença – exigência do mencionado artigo 523, parágrafo 4º –, na medida em que aquela se esgota na parte dispositiva e tudo que se decida em seguida lhe sucede. Luis Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier (2002, p. 111) afirmam a respeito que “o lapso temporal que mediará a interposição do recurso de agravo sob o regime da retenção e o julgamento da apelação (única oportunidade em que poderá ser apreciado o agravo retido aos autos) cediçamente ânua (ou superior) nesta Corte – por contingências certamente alheias à vontade de seus ilustres dirigentes – tornará absolutamente irreparáveis os prejuízos que se colima evitar via do vertente recurso de agravo, que se pretende ver processado sob o regime de instrumento, único apto a ensejar tutela imediata da pretensão manifestada.”

teses de idêntico grau ou sem a devida (e indispensável) motivação.

De todo modo, tocante ao reexame necessário essa restrição toma maior impacto, por todo o exposto neste estudo, acerca dos fundamentos do instituto e porque essa solução inibitória não se revela como o melhor resultado, nem para os temas similares, nem para os repetitivos, o que melhor resulta exposto na proposta apresentada ao tema, em item adiante exposto.

De todos os males de que sofre a questão da utilização do precedente como fonte de direito, a inovação albergada pelo parágrafo 3º do artigo 475 do CPC não só resulta na adoção de sistema ainda não pacificado, como restringe o reexame obrigatório, colocando em risco o sistema de garantias processuais da Fazenda Pública e, portanto, o interesse público.

E a exposição de todas as vicissitudes do instituto conduz à opção pelo adequado tratamento, capaz de manter a garantia processual da Fazenda Pública, tal como concebida, sem prejuízo de sua evolução consentânea com a modernização do processo civil brasileiro, porém, sob ótica revisitada.

Essa análise não prescinde da investigação apropriada da atividade do advogado público, na condução da atividade recursal da Fazenda Pública, sendo de todo oportuno desde logo demonstrar que, na seara dos apelos extremos, não raro são formuladas representações internas, devidamente fundamentadas, em que fica demonstrado o desacerto da interposição dos recursos especial e/ou extraordinário, o que requer a dispensa dessa providência, mediante autorização hierárquica, tudo concretizado na seara interna da Administração Pública.

Conquanto comum essa prática, o mesmo não ocorre quando pretendida autorização para omissão do recurso de apelação, posto que sua ausência pura e simples não se revela capaz de impedir a remessa dos autos ao Tribunal competente, por força do reexame necessário.

Diante desse quadro, de maior eficiência seria a permissão legal para a não submissão ao reexame necessário das decisões a respeito das quais haja expressa autorização da Administração, para a omissão do recurso, de sorte que, uma vez obtida a autorização interna para dispensa do recurso de apelação, tal seria encaminhado ao juízo da causa, evitando com isso a remessa obrigatória, ainda que determinada na sentença.

Bom recordar – em parêntesis –, consoante antes mencionado, que o exercício do duplo grau de jurisdição obrigatório não tem o juiz como legitimado, posto sequer se tratar de recurso, muito menos *ex officio*, como exaustivamente demonstrado, de sorte que não tem ele a titularidade do reexame, sendo-lhe exclusivo apenas o ato de determinar a remessa.

Tanto assim que por lei lhe é vedado, em algumas das exceções contempladas pela mesma norma, tomar a providência, o que não poderia ocorrer em se tratando de poder-dever. Logo, inexistente impedimento a que seja concretizada a exceção, por parte do beneficiário, ao dito reexame.

Tão legítima a sugestão que vigora esse expediente no que toca à União Federal, “quando a respeito da controvérsia o Advogado-Geral da União ou outro órgão administrativo competente houver editado súmula ou instrução normativa determinando a não-interposição do recurso voluntário” (art. 12 da MP 2.180/2001).

A respeito anota Hélio do Valle Pereira (2008, p. 57) que “se trata de regra limitada à órbita federal, e que não pode ser reiterada pelos demais entes federados, que não dispõem de competência legislativa processual”. Acrescenta ainda: “Veja-se também que não se cuida de liberação do reexame por ato editado pelos órgãos de representação processual, mas de consequência reflexa, resultante da dispensa de utilização do recurso (ato exclusivamente voluntário).” E finaliza, estreme de dúvida, que, “portanto, achando-se o procurador público federal desonerado de recorrer, por orientação administrativa superior, o juiz

estará dispensado de encaminhar os autos para reexame”.

Anota ainda o Autor que, “no mesmo sentido, a Lei 10.522/2002, quanto à esfera federal, dispensa o reexame necessário nos iguais casos em que os procuradores da Fazenda Nacional estejam dispensados de recorrer (art. 19, parágrafo 2º).⁴⁹

⁴⁹ A propósito, conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MP 2.176/2001. DESINTERESSE EM RECORRER E DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 475 DO CPC. SÚMULA 211/STJ. 1. Havendo manifestação expressa de desinteresse em recorrer pela Fazenda Nacional, na forma do § 1º do art. 19 da MP 2.176-79/2001 (regra especial que prevalece em face da regra geral contida no art. 475 do CPC), a sentença não se subordinará ao duplo grau de jurisdição obrigatório, como estabelecido no § 2º do mesmo artigo. 2. A despeito da interposição de embargos de declaração perante o Tribunal *a quo*, este deixou de pronunciar-se, de forma explícita, sobre a aplicação do art. 475 do CPC ao caso em análise, faltando o indispensável prequestionamento desse dispositivo legal. Aplica-se o entendimento consignado na Súmula 211 do STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”. 3. Recurso especial desprovido. (REsp 615.737/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2006, DJ 12/06/2006 p. 440). Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexistia outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre: (Redação dada pela Lei nº 11.033, de 2004) I – matérias de que trata o art. 18; II – matérias que, em virtude de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, ou do Superior Tribunal de Justiça, sejam objeto de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda. § 1º Nas matérias de que trata este artigo, o Procurador da Fazenda Nacional que atuar no feito deverá, expressamente, reconhecer a procedência do pedido, quando citado para apresentar resposta, hipótese em que não haverá condenação em honorários, ou manifestar o seu desinteresse em recorrer, quando intimado da decisão judicial. (Redação dada pela Lei nº 11.033, de 2004) § 2º A sentença, ocorrendo a hipótese do § 1º, não se subordinará ao duplo grau de jurisdição obrigatório. § 3º Encontrando-se o processo no Tribunal, poderá o relator da remessa negar-lhe seguimento, desde que, intimado o Procurador da Fazenda Nacional, haja manifestação de desinteresse. § 4º A Secretaria da Receita Federal não constituirá os créditos tributários relativos às matérias de que trata o inciso II do *caput*

O que se propõe representa, portanto, um passo adiante e mais adequado no atual tratamento legislativo da matéria: (i) Em todas as esferas administrativas, seria válida a orientação. (ii) Não apenas nos casos sumulados administrativamente (mas também nestes) seria possível a mesma dispensa, desde que se ostente a autorização administrativa.

Vale dizer – como rotineiramente ocorre nas hipóteses de dispensa de interposição de recursos extremos –, caso a caso seria possível a análise dessa dispensa, pois se verificam, apenas para ilustrar, aspectos pontuais. Também aqui seria de grande utilidade o expediente da análise estatística, a melhor demonstrar a legitimidade da proposta, dando conta de que a prática ocorre, de fato, na seara administrativa.

Agora exemplificando e ao mesmo tempo demonstrando a utilidade da proposta, temos hipóteses em que o recurso viria a perder o objeto em razão do tempo, e não obstante são submetidos ao duplo grau de jurisdição. É o caso em que o demandante pretende o cumprimento de obrigação de fazer consistente no fornecimento de medicamento por prazo determinado, cujo lapso se afigura muito inferior ao que resultará do processamento do recurso pelo tribunal; ou em que se discutem imposições administrativas relativas a licenciamento de veículos, cujo período de validade não supera um ano, ao passo que o recurso, por certo, será julgado em período muito maior; enfim, diz respeito a casos em que a perda de interesse recursal superveniente torna absolutamente desarrazoado o recurso e, de resto, o reexame necessário e que, no sistema atual, são remetidos inutilmente ao tribunal *ad quem*.

Seria viável ainda a dispensa quando demonstrada, pelo procurador responsável

deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 11.033, de 2004) § 5º Na hipótese de créditos tributários já constituídos, a autoridade lançadora deverá rever de ofício o lançamento, para efeito de alterar total ou parcialmente o crédito tributário, conforme o caso. (Redação dada pela Lei nº 11.033, de 2004).

pela causa, a total inviabilidade de reforma da decisão, por força de entendimento jurisprudencial firme e predominante a respeito do tema sob debate, mediante representação interna.

Essa conduta revela-se muito mais protetora do interesse público, na medida em que parte da Fazenda Pública o reconhecimento da conformação da sentença ao entendimento jurisprudencial, caso em que não mais lhe caberá discutir a adequação entre ambas as hipóteses em confronto – a sentença e a jurisprudência, o que, não é demais repetir, tem sido prática comum nos casos de recursos especial e extraordinário, que diuturnamente são objeto de representação interna (justificada), para fins de autorização de dispensa de interposição.

Assim colocado, reverte em diminuição da atividade recursal e do manejo irresponsável dos apelos, tão perseguida pelas reformas do processo, não só pela menor interposição de recursos por autorização administrativa, como porque, uma vez assim reconhecido pela própria Administração, cessa o inconformismo, o que não ocorre quando seja de iniciativa do Judiciário o enquadramento da hipótese ao disposto no atual parágrafo 3º do art. 475 do CPC, pois poderá reverter em reexame, voluntário ou obrigatório, uma vez facultado à Fazenda Pública o recurso a propósito dessa decisão judicial.

Em conclusão, os atuais critérios – seja do CPC em vigor, seja do projeto – revelam-se inábeis à sua própria teleologia, de diminuição (e desafogo) da atividade jurisdicional, pois, no primeiro caso (critério valor), subtrai importantes causas do reexame necessário, em detrimento do interesse público, e, no segundo caso (critério orientação jurisprudencial), acaba por multiplicar recursos, sendo de todo mais adequada a proposta apresentada, que mantém as causas de grande importância social e política sob a garantia processual e, ao mesmo tempo, permite à Administra-

ção a opção de retirar da esfera do duplo grau de jurisdição aquelas que venha a considerar de baixo relevo, o que resulta em agilização das máquinas judiciária e administrativa.

De todo o exposto, resulta que o instituto do duplo grau de jurisdição obrigatório traduz garantia que merece preservação, por seu indiscutível papel de preservação do interesse público, sem descurar de sua evolução, sintonizada com o progresso científico do processo e sua nova conformação constitucional.

O reexame necessário não destoia da concepção defendida, de racional condução do processo, pois que perfeitamente engastado no sistema de garantias apto à satisfação do interesse público, sem desonra ao direito subjetivo, senão por conta de uma percepção egoística, incapaz de vislumbrar o todo como prevalente sobre o individual.

Precisa a lição de Barbosa Moreira (2007, p. 210), que tem merecimento em figurar com destaque neste estudo, por sua autoridade e veemência:

“(…) Um ponto, a nosso ver, resta firme: a inconveniência de eliminar o art. 475 em qualquer reforma futura do estatuto processual. Restrições podem ser admissíveis, e eventualmente dignas de aplauso, desde que justificadas no plano da razoabilidade. A supressão pura e simples, em que pese a críticos muito qualificados, constituiria grave erro”.

Nesse contexto, tem justa razão a manutenção do instituto, sem prejuízo da evolução do tema em harmonia com o atual estágio de progresso do direito, carregando a todos a responsabilidade individual – cada qual em sua seara –, pela justa aplicação do direito, sem contornos egoísticos, na mira do bem-estar geral.

Essa a proposta que se encerra no presente trabalho: de manutenção do duplo grau de jurisdição obrigatório, viabilizada a hipótese de não submissão a esse regime,

em todas as esferas a ele subordinadas, desde que presente autorização administrativa.

O alvitre sugere conduta responsável das Fazendas, como partes na condução do processo, restringindo não apenas o reexame necessário das sentenças quando tal seja de todo dispensável, mas com espectro mais amplo, para abranger toda a atividade recursal, afastado o critério inadequado que atualmente vigora, conectado ao conteúdo econômico da demanda (valor da causa ou da condenação líquida), para levar em conta aspecto de maior relevo – o interesse público subjacente.

E reconhecer que, a exemplo da Lei 20.352/2001, algumas das modificações que foram implantadas nas reformas antecedentes revelam-se inócuas (ou inadequadas) implica admitir os pontos nevrálgicos (críticas que aqui são feitas, como de resto ecoa a doutrina), o que deve servir de proveitoso incentivo ao aperfeiçoamento do sistema em construção.

De tudo, o processo civil brasileiro, submetido a esse intenso poder reformador, ainda que muitas vezes imperfeito ou insuficiente diante da falha estrutural, revela a preocupação da contemporaneidade e coloca-se não apenas na direção da tendência mundial, mas muitas vezes na vanguarda, do que resulta a sua nova face, agora própria e auspiciosa.

Não será demais repetir o que foi afirmado em outra oportunidade (CAPPELLETTI, 1988, p. 232): significa dizer que são respeitáveis e muito bem-vindas quaisquer iniciativas capazes de abreviar ritos, dispensar formalismos inúteis, ainda que não seja esse o único foco comprometedor do acesso à justiça no sentido aqui figurado.

A busca da efetividade não se esgota, todavia, com as modificações legislativas. Uma nova mentalidade, seja das partes, seja dos integrantes da justiça, deve ser adotada, com a consciência do verdadeiro papel que cumprem na atuação da jurisdição, posto que a morosidade e a injustiça que

decorrem da atuação irresponsável atinge a todos, de modo indiscriminado.

A utilização inadequada, pelas partes, dos recursos e meios processuais, ainda que disponíveis para a preservação da ampla defesa constitucionalmente assegurada, reclama conduta comprometida com a mudança de postura na condução do processo.

A valorização da jurisprudência, presença constante nas reformas, deve vir também acompanhada de uma nova atitude do Judiciário, mais preocupada com a uniformidade e com a fundamentação adequada dos provimentos emitidos, conduta aliada à percepção das consequências de suas decisões no contexto sócio-empírico.

O julgamento massificado e vinculante deve também andar no limite de evitar o comprometimento da evolução do pensamento jurídico, inquietação dos operadores do direito, resultado da atividade generalizada e incapaz de detectar argumentos capazes de lançar novas luzes a temas pacificados.

Cabe ainda à administração do Judiciário a árdua tarefa de localizar as causas internas de enredo das demandas judiciais, eliminar as etapas “mortas” do processo, enfim, modernizar o aparelho, pois não há na seara do Legislativo aptidão para, pelo meio normativo, ainda que com autoridade constitucional, reduzir o tempo no processo ou o volume de demandas que hoje atulham os escaninhos⁵⁰.

Nessa empreitada, tenha-se em mira que o acesso à justiça, na modernidade, não comporta leitura isolada, mas pressupõe a efetividade em todas as suas acepções, cercada de todas as garantias constitucionais, num exercício que prestigia o valor

⁵⁰ No sítio de notícias do Superior Tribunal de Justiça, relata o conselheiro Jirair Meguerian que “o principal e o mais difícil desafio a ser suplantado pelo CNJ é o da morosidade da Justiça”. Afirma que “a lentidão é fruto mais da legislação processual e da exagerada possibilidade de recursos do que do mau funcionamento do próprio Judiciário”. (Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?>>. Acesso em: 23 maio 2008).

“justiça”, traduzido como meio de acesso à ordem jurídica justa, aqui concebida como a ordem eficaz, tempestiva e legal, da qual não prescinde, sob nenhum argumento, o interesse público.

Referências

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed. Milano:Giuffrè, 1960.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. A remessa necessária e suas mudanças: Leis 10.259/2001 e 10.352/2001. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 810, abr. 2003.

ALVES, Moreira. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*: n. 1. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 157, p. 404, 1966.

ARMELIN, Donaldo. A ação civil pública: legitimidade processual e legitimidade política. In: SALLES, Carlos Alberto (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Associação Paulista do Ministério Público, 2003.

BAUR, Fritz. *La socialización del proceso*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1980. 24 p. (Serie Conferencias Academicas, n. 5).

BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Capítulos da sentença e efeitos dos recursos*. São Paulo: RCS, 2006. 253 p.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). *Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil em Vigor*. 40. ed. Organização Theotônio Negrão, José Roberto F. Gouvêa. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUENO, Cássio Scarpinella. Processo Civil de interesse público: uma proposta de sistematização. In: SALLES, Carlos Alberto (Org.). *Processo Civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CAMARGO, Lester Marcantonio. O princípio do duplo grau de jurisdição e a efetividade do processo civil. In: ABREU, Pedro Manuel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). *Direito e Processo: estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti*. Florianópolis: Conceito, Fundação Boiteux, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARVALHO, Fabiano. Ausência de apelação da Fazenda Pública, acórdão proferido em julgamento do reexame necessário e o cabimento de recurso especial.

Revista de Processo, São Paulo, v. 34, n. 169, mar. 2009. p. 315-330.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. 2.

CIANCI, Mirna. *Acesso à justiça e às reformas do processo*. São Paulo: Saraiva 2009.

COELHO, Rogério. Reexame necessário e uniformização de jurisprudência. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; SOUZA, André Pagani de. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

COUTURE, J. Eduardo. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Trad. Benedicto Giacobini. Campinas: RedLivros, 1999.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Dialética 2009.

DIAS, Francisco Barros. A busca da efetividade do processo. In: DINIZ, José Janguê Bezerra (Coord.). *Direito Processual: Civil, Penal, Trabalhista e Administrativo*. Recife: Litoral, 2000. v.1.

DICIONÁRIO Priberam da Língua portuguesa. Lisboa: Priberam Informática, 2011. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/Default.aspx>>. Acesso em: 22 maio 2010.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros 2001. v.1.

_____. *Litisconsórcio*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FARIA, José Eduardo. A definição do Interesse Público. In: SALLES, Carlos Alberto (Org.). *Processo Civil e Interesse Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Princípios constitucionais do processo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, p. 118-126, 1993.

FREITAS, Juarez de. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

GANESINI, Rita. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. Súmulas Vinculantes e Independência Judicial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.86, n.739, p. 11-42, maio 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: J. Bushatsky, 1975. 177 p.

GUERRA, Gustavo Rabay. *O Caráter Retórico do Duplo Grau de Jurisdição Obrigatório*. Dissertação (Mestrado

em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Por uma leitura processual do Direito. In: Didier JUNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007.

_____. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: C. Bastos, 2001. 174 p.

LASPRO, Orestes Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. 426 p.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. *O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição e a Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 22. ed. São Paulo: Saraiva 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Grandes Temas de Direito Administrativo: a noção jurídica de interesse público*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, José Roberto de; COSTA, Regina Helena. Prerrogativas processuais da Fazenda Pública. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Direito Processual Público: a Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público: Malheiros, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 102, p. 228-238, 2001.

_____. *Temas de Direito Processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007. 423 p.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Consolidação Federal*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Manole, 2002.

PEREIRA, Helio do Valle. *Manual da Fazenda Pública em Juízo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RIBEIRO, Djanira Maria Radamés de Sá. *Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999. 132 p.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de execução civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Teoria Geral do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Embargos à execução contra a Fazenda Pública: Extensão da Matéria Argüível: Princípios Constitucionais em Conflito - Proporcionalidade ou Razoabilidade: Coisa Julgada e Justa Indenização - Princípio de justiça e Moralidade. Parecer*. Belo Horizonte, ago. 1997. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/regulariza2/doutrina912.html>>. Acesso em: 22 mar. 2010.

_____. *Processo de Conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

TOSTA, Jorge. *Do Reexame Necessário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TUPYNAMBÁ, José Paulo. *Anteprojeto deve manter "reexame necessário" de ações contra a Fazenda Pública*. Brasília: Senado Federal, Agência Senado, 12 abr. 2010.

Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/anteprojeto-deve-manter-reexame-necessario-de-acoas-contra-a-fazenda-publica.aspx>>. Acesso em: 08 jun. 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil: Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001, Lei 10.444, de 07.05.2002*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 295 p.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Das Nulidades do Processo e da Sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZANETTI JUNIOR, Hermes. A Teoria Circular dos Planos: direito material e direito processual. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Sítios

<<http://priberam.pr/dlpo/default.aspx>>, acesso em 22 maio 2010.

<<http://www.refad.com.br/viewnot.php?id=55>>, acesso em 23 maio 2008.

<<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?>>, acesso em 23 maio 2008.

O Código de Processo Civil Brasileiro

Origem, formação e projeto de reforma

Nicola Picardi e
Dierle Nunes

Sumário

I. Origem. 1. O processo civil brasileiro regulado pelas “Ordenações Filipinas”. 2. A Justiça no Brasil no século XIX. 3. Os Códigos de processo civil da primeira metade do século XX. II. Formação. 4. A Escola Paulista de São Paulo. 5. A contribuição de Enrico Tullio Liebman. 6. O “Código de Processo Civil” de 1973. 7. O movimento de reforma processual após a Constituição de 1988. III. Projeto preliminar de um novo código. 8. O movimento de acesso à justiça e algumas ressonâncias no Brasil. 9. As tendências neoliberais. 10. O impacto do movimento de convergência entre ‘civil law’ e ‘common law’. 11. O projeto de novo CPC: aspectos gerais. 12. Algumas questões polêmicas. 13. A questão da mitigação da preclusão. 14. A ampliação do microsistema da litigiosidade repetitiva. 15. Considerações finais.

Nicola Picardi é Professor Emérito da Università “La Sapienza” di Roma, Professor da Libera Università degli Studi Sociali (LUISS) di Roma. Doutor «*utroque iure*», Acadêmico da Real Academia de Jurisprudencia y Legislacion de Madrid, e da Accademia Polacca della Scienza, sez. Lublino, Ganhador do Prêmio Internacional Justice in the World de 2005.

Dierle Nunes é Professor Adjunto da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM) e Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMINAS). Doutor em Direito Processual (PUCMINAS/Università degli Studi di Roma “La Sapienza”). Mestre em Direito Processual (PUCMINAS). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).

I. Origem

1. O processo civil brasileiro regulado pelas “Ordenações Filipinas”

O direito brasileiro apresenta a característica de se manter por longo tempo imune à fratura produzida, na Europa continental, pela Codificação Napoleônica. No início do século XIX, recolhendo a herança do iluminismo, o *code de procédure civile* de 1806¹ regulou o processo civil de modo “net, simple, affranchi de tout verbiage, de tous formalité inutiles” (GALLI, 1827-1832).

¹ Cf. a edição italiana, Codice (2000).

Tal modelo de legislação teve uma rápida difusão na europa continental e em outros Estados de cultura análoga.²

No Brasil, ao contrário, até o século XX o processo civil continua a ser regulado pelo livro terceiro das *Ordenações Filipinas* (PORTUGAL, v. 3, 1966), que fora emanado em 11 de janeiro de 1603 por Felipe II de Portugal (Felipe III da Espanha)³. Enrico Tullio Liebman esclareceu que as *Ordenações Filipinas* eram “uma verdadeira e própria codificação (...) redigida por uma comissão de juristas educados e formados nas Universidades Italianas, ou, pelo menos, nos métodos e sobre as obras dos mestres que neles ou em torno deles tenham desenvolvido o seu magistério, sendo que as Ordenações representavam nada mais do que uma síntese das doutrinas do direito comum, salvo aquelas poucas matérias nas quais foi acolhido algum instituto ou alguma regra trazida pelas leis ou costumes locais”⁴.

Com a ótica do direito comum, o legislador das Ordenações, entretanto, não pretendia regular todos os casos que se apresentassem na prática. Reconhecia que continuavam em vigor, como fontes subsidiárias, o direito romano e o direito canônico, nas respectivas esferas de competência, e os costumes. Quando não fosse possível encontrar uma solução, as *Ordenações* reenviavam à glosa de Accursio e, em último caso, à opinião de Bartolo da Sassoferrato: “Se o caso, de que se trata em pratica, não for determinado por lei de nossos Reinos, stylo ou costume acima dito, ou leis Imperiaes, ou pelos sagrato

Canones, então mandamos que se guardem as Glosas de Accursio ... e quando pelas ditas Glosas o caso não for determinado, se guarde a opinião de Bartolo, por que a sua opinião comumente he mais conforme à razão, ... salvo se a comun opinião dos doutores, que depois dele escreveram, for contraria” (PORTUGAL, 1957-1966, v. 3, tit. 64, v.1).

É a versão lusitana⁵ da célebre regra que conferia valor de fonte subsidiária à opinião dos grandes juristas (os chamados imortais), regra que, progressivamente, será abolida em vários Estados. Em Portugal, a sua abolição acontece por obra do Marquês de Pombal, que no âmbito de seu programa de reforma, inspirado pelos princípios do Iluminismo, patrocinou a edição da *Lei da boa razão* de 18 de agosto de 1769⁶.

Do ponto de vista da estrutura, as Ordenações constituíam, então, um típico exemplar, na versão ibérica, do processo romano-canônico, existente à época, em toda a Europa. Era um processo escrito e secreto, articulado rigidamente em fases separadas com rigorosa aplicação do princípio dispositivo, do impulso da parte, do princípio da eventualidade e do formalismo na aquisição da prova (LIEBMAN, 1962a, 1962b).

2. A justiça no Brasil no século XIX

Uma vez cessado o regime colonial e proclamado o Império do Brasil (1822), os

² RHEE (2006, p. 129); PICARDI (2006, p. 187), com particular referência à difusão do modelo francês na Itália.

³ SCHOLZ (1976, v. 2, p. 289 et seq.). As Filipinas foram, por sua vez, precedidas pelas *Ordenações Manuelinas* de 1512-1521 (sobre as quais, vejam sempre SCHOLZ, op. cit., p. 285 et seq.) e as *Ordenações Alfonsinas* de 1446 (sobre as quais cf. WOLF, 1976).

⁴ LIEBMAN, 1988 (precedentes edições se podem ler em RIVISTA, 1948; CARNELUTTI, 1951; LIEBMAN, 1962).

⁵ Versão que substancialmente indicava as *Ordenações Alfonsinas* (PORTUGAL, 1792), como já sublinhado por CAENEGEM, 1973-2010, v. 16, n. 2), o qual recorda, a p. 6, que em outros Ordenamentos eram citados também outros juristas. Assim, nas *Ordenações dos reis católicos de Espanha de 1499*, além de Bartolo, entre os chamados imortais, eram compreendidos também Baldo degli Ubaldi, Giovanni d'Andrea e l'Abbate palermitano.

⁶ Cf. SILVA (1829). Em tais leis se estabelece, de fato, que se pudesse recorrer, de modo subsidiário, ao direito romano somente quando as regras estivessem conforme à boa razão; limitou-se o valor do direito canônico unicamente aos tribunais eclesiásticos e se tolheu, enfim, a autoridade da Glosa e das opiniões dos doutos. Sobre o tema, conferir TELLES (1824).

ordenamentos jurídicos português e italiano seguiram distintas linhas de evolução.

Em Portugal, depois da invasão napoleônica e já ao início da restauração (NEVES, 2008), manifestaram-se vivazes movimentos de reforma da justiça (SCHOLZ, 1982) que puseram em discussão, sobretudo, o Livro III das Ordenações Filipinas. Tais correntes de pensamento resultaram em três sucessivas edições da reforma Judiciária e, enfim, no *Código de processo civil* de 1876⁷.

No Brasil, o Império nascente se encontrou, ao contrário, a se defrontar com o difícil problema da unificação política de um vastíssimo território, caracterizado por uma colcha de retalhos de comunidades profundamente distintas de um ponto de vista geográfico, cultural, social e ideológico. Findo o “adesivo” representado pelo sistema colonial, desenvolveu-se um amargo debate entre a ala conservadora e aquela liberal-progressista, que à época inspirou-se no pensamento político norte-americano⁸, e que findará por prevalecer na segunda parte do século XIX. Buscando colher o significado mais profundo da nova atitude que se constituía *pari passu*, disse-se com autoridade no Brasil que “o direito constitucional e a organização administrativa são fortemente inspirados no modelo norte-americano [...] ao contrário, o direito privado e o processo civil [...] permanecem em boa parte aqueles que eram antes da independência e são, por isso, de derivação européia”⁹.

A exatidão dessa tese encontra previsão não somente na Constituição Imperial de 1824, mas também na circunstância de que as primeiras modificações processuais disseram respeito não ao processo civil, mas ao processo penal que – como é notório – apresenta maiores interferências com

os problemas político-constitucionais, na época. Assim, em 1830 vem a ser editado o *Código criminal do Império do Brasil*¹⁰.

Outro perfil que apresenta contiguidade com os aspectos publicísticos foi constituído pela organização judiciária. Tradicionalmente no Brasil, os juízes de primeira instância eram os *juízes ordinários*, privados de formação jurídica, e eleitos entre os habitantes dos municípios (sendo também conselheiros municipais), e os juízes de fora que possuíam formação jurídica, sendo nomeados pelo Rei (PACHECO, 1999). Ao seu lado, existiam, sobretudo os juízes menores, chamados juízes da terra, comparáveis aos juízes de paz europeus, também eleitos (ARAGÃO, 1988, p. 41). Não se pode, porém, ignorar que o sistema de eleições vigente no Brasil, em substância, terminava por assegurar à aristocracia, sobretudo latifundiária, o controle da justiça.

Entretanto, na época imperial, os presidentes dos Tribunais foram escolhidos entre os desembargadores, por nomeação do Imperador e não por eleição (ARAGÃO, 1988, p. 43).

A justiça civil, ao contrário, permanece ainda regulada pelo livro terceiro das Ordenações Filipinas. Somente em 1850 foi editado o chamado regulamento 737 (BRASIL, 1822-1889) com o qual vem disciplinado o processo comercial, no qual se mantinha ainda inalterada a estrutura tradicional do processo comum das *Ordenações*. O Regulamento 737, entretanto, simplificou e aclarou uma série de regras ao se utilizar de uma técnica legislativa mais moderna.

A circunstância das *Ordenações Filipinas*, além do sistema judiciário tradicional ter se mantido em vigor, no Brasil, por um tempo muito longo explicam o comportamento da doutrina e da jurisprudência brasileira, caracterizado por uma menor vinculação ao texto legislativo, em relação aos juristas europeus, na intenção de encontrar soluções razoáveis para cada caso concreto, mesmo

⁷ Fonte e bibliografia sempre em SCHOLZ, op. cit., p. 2473-2475. Cf. CAENEGEM, op. cit., p. 102.

⁸ Cf., entre todos, Hamilton, Madison e Jay (THE FEDERALIST, 1788, 2003) e, sobre isso, SPINI (1980).

⁹ LIEBMAN, (1988, p. 15). No mesmo sentido, com referência aos estados ibero-americanos, cf., ORTELLS-RAMOS (2006).

¹⁰ Código editado pela *Lei de 16 de dezembro de 1830* (1873, p. 142-).

por meio de um largo recurso ao direito comparado e à doutrina estrangeira.¹¹

3. Os códigos de processo civil da primeira metade do século XX

Com o advento da República (1889), o Regulamento 737 – que, como se disse, disciplinava o processo comercial – vem a ser estendido ao processo civil. Mas, somente ao início do novo século se põe em discussão o problema da reestruturação completa do processo civil, ao se adotar uma codificação em consonância com a evolução e a técnica processual europeia do século XIX.

Em coerência com a estrutura federal assumida pela República, a Constituição de 1891 consentia a cada Estado a faculdade de legislar em matéria processual. No início do século XX, assiste-se, assim, ao florescimento de códigos emanados por diversos Estados da Federação e inspirados, prioritariamente, pelo *Regulamento 737* (LIEBMAN, 1962, p. 483-484). Basta aqui recordar o Código do Estado do Pará de 1904 e aqueles dos Estados de São Paulo, Espírito Santo e Paraíba de 1930 (COSTA, 1970). Nesse meio tempo, vinha a ser editado, em 1916, um único Código Civil para toda a República (que se manteve vigente até o advento do Código Civil de 2002).

Tal lacuna entre o direito substancial unitário e o direito processual fracionado encontra um ilustre precedente no ordenamento suíço, no qual, em frente a um Código Civil unitário de 1907, subsistia até este ano vinte e seis códigos de processo civil, por sua vez, provenientes de três matrizes culturais (alemã, francesa e italiana)¹². De resto, trata-se de uma repartição de compe-

tência legislativa não incomum nos Estados de estrutura Federal¹³.

A situação estava, então, destinada a mudar radicalmente com a edição do Código de Processo civil de 1939. Por um lado, superando cada forma de fracionamento processual, em aplicação do chamado princípio da unidade processual, o Brasil é dotado de um processo civil uniforme. Por outro lado, tentou-se adaptar às tradições locais as tendências mais modernas do direito processual civil europeu. São levadas em consideração, com grande destaque, as tendências da *Civilprozessordnung* austríaca de 1895¹⁴, o Projeto Chiovenda de 1919¹⁵ e o Código de processo civil português de 1926¹⁶.

Inspirador da codificação brasileira foi o Prof. Francisco Campos (1939), Ministro da Justiça, que, já na Exposição de Motivos, vem evidenciar a preponderância do elemento político sobre aquele técnico-jurídico, sublinhando que o Código se inspirava a uma concepção de processo de um Estado Forte (Estado Novo) (SANTOS, 1959). Estávamos na época de Getúlio Vargas e da sua ideologia não-liberal e autoritária.

Segundo o próprio Francisco Campos (PROCESSO..., 1940, p. 254):

“O regime instituído em 10 de novembro de 1937 consistiu na restauração da autoridade e do caráter popular do Estado. O Estado caminha para o povo e, no sentido de garantir-lhe o gozo dos bens materiais e espirituais, assegurado na Constituição, o Estado teve que reforçar a sua autoridade a fim de intervir de maneira eficaz

¹³ A analogia entre o sistema suíço e aquele argentino, por exemplo, foi colocada em evidência por R. GOLDSCHMIDT (1946) e sucessivamente reproduzido, juntamente com o estudo de análogo título do mesmo autor (GOLDSCHMIDT). Sobre o tema, também para posteriores referências, cf. CAENEGEM (1973-2010, v. 16, n. 2).

¹⁴ Cf. GIUSEPPE (2004); NUNES (2008, p. 79).

¹⁵ *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopoguerra* (1919) com o texto do projeto no apêndice (CHIOVENDA, 1931).

¹⁶ Sobre o qual cf., REIS (1939, p. 2-, 17-, 81-, 97-, 113-, 161-193; 1930).

¹¹ Em tal sentido cf. LIEBMAN (1998, p. 22).

¹² HABSCHIED; WALDER (1984), no mesmo volume, o prefácio de PICARDI (1983). A partir de 1º de janeiro de 2011, entraram, porém, em vigor Códigos de processo civil e penal unificados para toda a confederação. A organização dos Tribunais permanece ainda de competência dos Cantões.

em todos os domínios que viessem a revestir-se de caráter público. Ora, se a justiça, em regime liberal, poderia continuar a ser o campo neutro em que todos os interesses privados procurariam, sob a dissimulação das aparências públicas, obter pelo duelo judiciário as maiores vantagens compatíveis com a observância formal de regras de caráter puramente técnico, no novo regime haveria de ser um dos primeiros domínios, revestidos de caráter público, a ser integrado na autoridade do Estado”.

Buscou-se, assim, mediante o anteprojeto de Pedro Baptista Martins, que se convertera no CPC de 1939, (PACHECO, 1999, p. 212) inspirado nas concepções de Chiovenda, “a restauração da autoridade no processo” (PROCESSO..., 1940, p. 230-234).

Como explicitou Martins em sua defesa do anteprojeto:

“Em suas observações sobre as premissas políticas do projeto italiano, CALAMANDREI adverte que o juiz é o representante do Estado no processo, cuja tendência publicística não é mais do que o aspecto parcial de um vasto fenômeno que se está desenvolvendo em formas diversas nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo e que tem como diretiva comum a *prevalência do interesse social sobre o interesse individual*. Ao princípio dispositivo, que é a expressão, no processo, do individualismo liberal, opõe-se hoje o princípio inquisitório que se afirma como expressão do autoritarismo, que não pode deixar a mercê das iniciativas individuais, a realização das finalidades da justiça” (destacamos). (PROCESSO..., 1940, p. 234-235)

Desse modo, em combate à concepção liberal de processo, implementava-se uma intervenção ativa do Estado no processo, mediante a formulação de um papel ativo do juiz.

II. Formação

4. A Escola Paulista de São Paulo

Constrito a abandonar a Itália por notórios motivos políticos e raciais, em 1940, veio ao Brasil Enrico Tullio Liebman e aqui permaneceu até 1946, ano no qual, modificado o quadro político, retorna à Itália para reassumir a cátedra de direito processual civil, primeiramente na *Università di Pavia* e, depois, na *Università statale di Milano*.

A permanência de Liebman no Brasil não permaneceu um incidente sem consequências. Em 1940, a ele é confiado um curso da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (BUZAID, 1979-, p. 6); sucessivamente ele se transfere a São Paulo, onde permanece até 1946 e ali passará a ser a pedra angular daquela que passará à história como a Escola Processual de São Paulo. Já nos anos cinquenta do século passado, extrai-se o imparcial e significativo reconhecimento de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1956, p. 865): na América “no estágio atual, somente no Brasil, ou, com maior exatidão São Paulo, existe uma verdadeira escola de processualistas”. O notório estudioso acrescentava, além disso, que a “escola de São Paulo não surgiu por acaso, mas graças ao concurso, talvez não preordenado [...] de duas eminentes personalidades, quais sejam, Gabriel José Rodriguez de Rezende e Enrico Tullio Liebman. [...] Resende [...] foi o professor; Liebman [...] foi o mestre. Rezende foi capaz de provocar nos seus alunos o interesse pela matéria, graças às suas argumentações agéis e claras, impregnadas de um senso de medida, de ordem e de precisão [...], Liebman incutiu nos seus discípulos a cultura severa da investigação e o estímulo de realizar uma pesquisa profunda” (tradução livre).

Fizeram parte do cenário de Liebman um grupo de processualistas que se formaram em São Paulo e se tornaram os sucessivos catedráticos da Universidade Estadual de São Paulo, Luis Eulálio de

Bueno Vidigal e Alfredo Buzaid, além de José Frederico Marques, catedrático da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. A eles se reuniram também o estudioso de vasta cultura Benvido Aires e o alto magistrado Bruno Alfonso de André (BUZOID, 1979-, p. 6-7).

Liebman possuía, também, estreitas relações e o seu pensamento influenciou sobre processualistas do Rio de Janeiro, entre outros, os professores Luis Machado Guimarães e Eliezer Rosa (BUZOID, 1979-, p. 7-8), além de Luis Antonio Antrade, que se tornará presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

5. A contribuição de Enrico Tullio Liebman

Não é tarefa fácil estabelecer qual foi a concreta contribuição intelectual de Liebman no Brasil.

Ele indubitavelmente operou em um contexto particularmente difícil. Tinha deixado a Itália, na qual foi publicado, em 28 de outubro de 1940, o novo *Codice di Procedura Civile*, que, na *Relazione al Re* do Ministro Grandi, foi apresentado como “expressão histórica do Estado fascista” (ITÁLIA, 1940, §2, p. 8), no qual “está o renovado conceito de dignidade e de autoridade do Estado Fascista”. Em tal ótica, Grandi sustentava que não é “concebível que o juiz assista, como espectador impassível, e algumas vezes impotente, quase como se fosse um árbitro de um campo de jogos que se limite a indicar os pontos e a controlar que sejam observadas as regras do jogo [...] então o juiz deve possuir uma precisa direção do processo, uma posição proeminente e reguladora” (tradução livre) (ITÁLIA, 1940, §12, p. 28-29)¹⁷.

Liebman encontra um contexto não muito diverso no Brasil. Como já recordamos, o Ministro Campos sustentou ideias análogas na “Exposição de Motivos” do Código de

Processo Civil, que entra em vigor em 1940. Também ele comportava um aumento dos poderes do juiz, que, segundo o art. 112, “dirigirá o processo por forma que assegure à causa andamento rápido” (porém, “sem prejuízo da defesa dos interessados”); o juiz, além disso, poderá ordenar, inclusive de ofício, os meios de provas ou rejeitar aquelas que entender inúteis ou dilatórias (art.117). Tratam-se de instrumentos para realizar um processo inspirado a uma concepção do estado autoritário, indicado com a etiqueta de *Estado Novo*. Mas a situação era ainda mais complexa porque em 22 de agosto de 1942 o Brasil havia declarado guerra à Itália, o que devia tornar mais difícil a situação dos italianos ou cidadãos de origem italiana,¹⁸ mesmo que em exílio, como Liebman.

Em tal situação, parece ser possível sustentar que o jurista Liebman tenha perseguido, no Brasil, dois objetivos.

Primeiramente, ele se ocupou da difusão da mais importante cultura processualística italiana. Um papel fundamental teve a edição brasileira das “Instituições de direito processual civil” de seu mestre, Giuseppe Chiovenda (1965). Tais edições foram enriquecidas por notas de Liebman, com referência ao direito brasileiro. Mas não menos afortunadas serão, ainda, as edições brasileiras de suas clássicas monografias (LIEBMAN, 1945; 1952, p. 482).

Em segundo lugar, o Mestre italiano enfrentou o estudo do direito processual brasileiro. É certamente exemplar a já recordada, várias vezes, análise histórica dos institutos do direito comum do processo brasileiro.¹⁹

De resto, o mesmo Liebman veio a nos ensinar que “a pesquisa histórica – melhor

¹⁷ Sobre o tema, em edição espanhola, cf. CIPRIANI (1997).

¹⁸ Vê-se, de fato, nacionalizados os bens dos italianos no Brasil. O subscritor N. Picardi se permite recordar que tal sorte ocorreu com a casa de seu pai em Curitiba, não obstante ele tivesse nascido no Paraná (onde viveram três gerações da família Picardi) e tenha sempre conservado a cidadania brasileira. Ao final do conflito bélico, a casa vem a ser restituída à família.

¹⁹ V., *retro*, n. 6.

conduzida com método comparativo - [...] dá fôlego aos nossos estudos e nos faz penetrar além da letra morta do texto legal, na íntima natureza dos institutos" (LIEBMAN, 1953, p. 482). Em relação, assim, à análise do direito positivo, vem, sobretudo,²⁰ recordado o ensaio sobre o Código de processo civil de 1939. Em tal estudo, depois de ter constatado que o novo código conferia ao juiz "amplios poderes e grande autonomia de movimento na direção do processo e na decisão da causa", Liebman (1947, p. 485) conduz uma investigação acurada sobre dados positivos, evidenciando nesse aspecto os pressupostos, a operacionalidade de cada singular mecanismo e as margens operacionais deixadas ao intérprete. Sobre a base das primeiras experiências, conclui, então, no sentido de que o novo processo brasileiro houvesse, de todo modo, "ganho em rapidez e eficiência" (LIEBMAN, 1947, p. 484).

Em suma, acerca das bases que se haviam dado pelo Ministro Campos, alguns anos antes, em Liebman desaparece o elemento político, a concepção autoritária do processo como expressão do *Estado Novo*. O estudo do modelo vem conduzido exclusivamente como método técnico-processual.

6. O "Código de processo civil" de 1973

A mudança de perspectiva e o método de estudo de Liebman farão escola. Alfredo Buzaid, na preleção ao seu curso universitário²¹, afirmará que o Código de 1939 "foi obra de vergonhosa improvisação, ao faltar uma preparação científica indispensável não só em relação aos princípios fundamentais que o informam na sua primeira parte, mas, sobretudo, por não evitar a desarmonia com as outras partes, especialmente aquelas que regulam os recursos e a disciplina da execução".

²⁰ Cf. também os seus artigos e pareceres (LIEBMAN, 1947).

²¹ Como já recordado por GIULIANI e PICARDI na premissa ao volume *Il processo civile brasiliano* (1988, p. II).

Certo, na prática, não faltaram vivazes constestações ao código também do ponto de vista político (SANTOS, 1959). Segundo Cândido Dinamarco (1988, p. 76), os poderes inquisitoriais do juiz "temperados pelo acolhimento de preceitos de caráter decisivamente dispositivo [...] permaneciam, em suma, convenientemente diluídos em um sistema que, embora 'publicístico', não seria propriamente autoritário".²²

Os tempos mudaram. Nos anos sessenta e setenta do século passado, torna-se premente a exigência, não só de corrigir os defeitos do código de 1939 evidenciados pela experiência prática, mas também aquela de atualizar a disciplina à luz do maior aprofundamento da matéria, adquirido graças ao trabalho da "brilhante plêiade de estudiosos" que já se coligavam à Escola processual de São Paulo (DINAMARCO, 1988, p. 76-77). Não se tratava, portanto, de simples modificações, entendia-se como uma nova normativa processual.

Nasce assim o *Código de processo civil* de 1973, cujas bases são expostas na *Exposição de motivos*, assinada por Alfredo Buzaid, à época Ministro da Justiça²³. "Um Código de Processo - ele escreve²⁴ - é uma instituição eminentemente técnica. E a técnica não é apanágio de um povo, senão conquista de valor universal" (BUZOID, 1943, cap. 3, §I, v. 5). Acrescenta Buzaid que "na elaboração do projeto tomamos por modelo os monumentos legislativos mais notáveis de nosso tempo."²⁵ Com efeito, o Código contém

²² Em sentido crítico a este pensamento, ver NUNES (2008).

²³ E endereçado ao Presidente da República, General Emilio Médici. Àqueles tempos, estava em vigência, de fato, no Brasil, uma ditadura militar. As relações entre os regimes absolutistas e o fenômeno das codificações foram aprofundados por Paolo GROSSI (1968).

²⁴ Na abertura de sua exposição, a famosa frase de Giuseppe Chiovenda «Convien decidersi a una riforma fondamentale o rinunciare alla speranza di un serio progresso».

²⁵ Frase não idêntica, mas análoga, se encontra, de resto, na *Exposição de motivos* do Anteprojeto (BUZOID, 1964). Sobre os trabalhos precedentes à

uma abundância de disposições inspiradas a textos estrangeiros. Vêm expressamente mencionadas as legislações alemã, austríaca, italiana,²⁶ francesa e portuguesa. Por último, foram, além disso, evidenciados interessantes paralelismos com o Código de Processo Civil do Estado Cidade do Vaticano.²⁷

Em suma, o Código de 1973 foi aprovada pela melhor doutrina da época assegurando sua excelência técnica e tentativa de neutralidade ideológica, mas, ao mesmo tempo, não chegou a ofuscar o caráter eminentemente ideológico de não poucos institutos.

Porém, aos poucos sua técnica se mostrou pouco eficiente para lidar com os problemas pragmáticos, em face de diversos déficits operacionais e administrativos do Poder Judiciário brasileiro, sem olvidar o aumento da complexidade normativa que se produziu ao longo de poucas décadas.

7. O movimento de reforma processual após a Constituição de 1988

O Brasil passou, nas últimas duas décadas, por inúmeras reformas pontuais no Código de Processo Civil. O movimento das reformas parciais sempre foi criticado em razão da perda de consistência e coesão dos textos processuais.

No entanto, o movimento de reforma processual a partir da Constituição de 1988 se tornou mais complexo do que a mera escolha em se implementar uma reforma pontual ou total.

O não cumprimento do extenso rol de direitos fundamentais garantidos no texto constitucional pela Administração Pública,

emanação do Código, cf. O prefácio do mesmo BUZOID a mais vezes citada edição italiana, *Il processo civile brasiliano*, p. 1 ss.

²⁶ As múltiplas referências do Código ao Direito italiano e, em particular, as aplicações da concepção de Liebman são amplamente expostas pelo mesmo BUZOID (1979, p. 10-).

²⁷ MOREIRA (1994) evidencia como tais paralelismos possam se voltar ao Projeto Carnelutti, que foi levado a cabo pelos redatores do Código Vaticano.

mediante políticas públicas idôneas, conduziu ao delineamento do fenômeno de judicialização de inúmeras matérias (saúde, política, entre varias outras) e incitamento do uso de uma litigância de interesse público²⁸ para garanti-la.

Tal situação conduziu o Judiciário e o sistema processual a novos desafios que não se subordinavam somente à busca de fundamentos técnico-processuais e de uma efetividade, vista somente como mera eficiência.

Pontue-se que a utilização corrente da judicialização no Brasil, para implementação de direitos fundamentais, representa uma consequência de um problema mais grave.

O deslocamento das questões políticas e de efetivação dos direitos sociais para o Poder Judiciário não pode olvidar da percepção do grande legislador processual do século XX, Lord Woolf (1996), que, na monumental reforma inglesa de 1998, afirmou que um enorme numerário financeiro era usado pelo sistema judicial para resolução de um contencioso decorrente do não cumprimento de direitos fundamentais sociais e que seria melhor direcionar esses valores no gasto e asseguramento de políticas públicas de saúde, habitação (na situação inglesa) e aos quais se poderia agregar, no Brasil, inúmeros outros direitos fundamentais não assegurados minimamente aos cidadãos; geradores de milhões de ações no sistema judiciário.

A determinação constitucional de oferta de um efetivo acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV, CRFB/88) motivou a adoção de reformas embasadas nos marcos da socialização processual.

No entanto, de um lado, buscou-se adaptar o sistema brasileiro aos ganhos do movimento do acesso à justiça, próprios do Relatório Geral do Projeto Firenze, capitaneado por Mauro Cappelletti, mas de outro,

²⁸ CHAYES (1976); HERSHKOFF; JAICHAND (2004); BADWAZA (2003); BALAKRISHNAN (2009); ROSENCRANZ; JACKSON (2003).

o Brasil se inseria, em termos institucionais, numa perspectiva neoliberal que impôs impactos no modo de se dimensionar o sistema processual, o que impediu o delineamento de uma efetiva democratização processual.

III. O projeto preliminar de um novo código

8. O movimento pelo acesso à justiça e algumas ressonâncias no Brasil

Como se sabe, no curso da década de setenta, crescia a literatura questionando a capacidade de advogados e juízes, assim como dos procedimentos judiciais para se adaptarem aos novos direitos (sociais e difusos) emergentes, além de se polemizarem os já recorrentes problemas de lentidão, custo e enorme formalismo de alguns procedimentos judiciais (CAPPELLETTI; GARTH, 1978-1979).

Seguindo essa tônica, o movimento pela socialização processual encontra seu ápice na idealização e realização de um projeto de pesquisa patrocinado pela Fundação Ford, conjuntamente com o Conselho Nacional de Pesquisa da Itália.

Tal projeto, intitulado “Projeto Firenze de Acesso à Justiça”, fora levado a cabo a partir de 1973 – cujos resultados foram publicados em 1978, em quatro volumes –, sob a direção de Mauro Cappelletti (ACCESS..., 1978-1979).

Envolveu 23 países²⁹, que, representados por grandes juristas nacionais, responderam a um questionário e prepararam um relatório, que apontou as chagas e possíveis soluções técnicas para os problemas de seus sistemas jurídicos.

Esse projeto e o decorrente “movimento pelo acesso à justiça” desenvolveu um enorme compartilhamento de experiências

²⁹ Fizeram parte do projeto os seguintes países: Austrália, Áustria, Bulgária, Canadá, Chile, China, Colômbia, Inglaterra, França, Alemanha, Holanda, Hungria, Indonésia, Israel, Itália, Japão, México, Polônia, União Soviética, Espanha, Suécia, Estados Unidos e Uruguai.

envolvendo aqueles países, passando a servir de base para os movimentos reformistas a partir de então.

Além das já constantes defesas de procedimentos orais (fruto, ainda, do modelo de Klein) e do aumento da ingerência do juiz no processo (CAPPELLETTI; GARTH, 1978-1979, p. 55), o movimento idealizava ondas de reforma: a) a primeira, vocacionada à assistência jurídica integral e gratuita (CAPPELLETTI; GARTH, (1978-1979, p. 22-34); b) a segunda, a assegurar uma tutela efetiva dos interesses difusos ou coletivos, para a proteção do consumidor e do meio ambiente (CAPPELLETTI; GARTH, 1978-1979, p. 33-48); c) a terceira, à simplificação dos procedimentos e à utilização de formas privadas ou informais de solução de conflitos (CAPPELLETTI; GARTH, 1978-1979, p. 49-53).

O movimento tenta equacionar as relações entre o processo civil e uma justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica, partindo da concepção de Estado Protetivo e de Bem-Estar Social.

O relatório geral do Projeto, escrito em coautoria por Cappelletti e Garth, e traduzido para o português em 1988, trouxe enorme ressonância para o recém-instituído modelo constitucional de processo brasileiro de 1988 e conduziu a adoção de inúmeras tendências técnicas típicas da socialização.

Apesar da adoção das tendências pontuadas no relatório, mesmo antes de 1988, foi a Constituição que tornou sua adoção mais consistente em face do extenso rol de direitos fundamentais processuais apresentados.

Ao se estabelecer, com nova dimensão, a garantia de um devido processo e de um pleno acesso à justiça, o texto constitucional impôs inclusive a criação de “Juizados especiais” (art. 98, CRFB/88) para dimensionar o problema da primeira onda de acesso, qual seja, a acessibilidade dos economicamente débeis ao sistema, em substituição aos juizados de pequenas causas.

Dentro desses balizamentos, na atual ordem constitucional instituiu-se comissão dirigida prioritariamente pelos então Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro, que, com o auxílio do IBDP, iniciou seus trabalhos no início da década de 1990, para rever o Código de Processo Civil e incluir novas técnicas próprias do movimento.

A comissão deu origem a diversos projetos de leis aprovados pelo Congresso que modificaram pontualmente o CPC, instituindo, por exemplo, a tutela antecipada, a tutela específica, a audiência preliminar, a ação monitória, bem como mudanças na fase recursal e executiva. Foi, ainda, alterada a sistemática dos recursos extraordinários para se adequar à emenda 45 da Constituição da República, que estabeleceu a “reforma” do Poder Judiciário, sistematizando a repercussão geral e os recursos repetitivos na legislação processual civil.

As comissões optaram por propor reformas parciais, organizadas em diversos projetos de leis, justificando a opção em razão da morosidade legislativa e da dificuldade da tramitação de um projeto global perante o Congresso Nacional.

Especialmente em face da ampliação da agenda do sistema jurisdicional brasileiro, foram sendo dimensionadas técnicas para dimensionamento dos três tipos de litigiosidade: a) individual ou “de varejo”: sobre a qual o estudo e dogmática foram tradicionalmente desenvolvidos, envolvendo lesões e ameaças a direito isoladas; b) a litigiosidade coletiva: envolvendo direitos coletivos e difusos, nos quais se utilizam procedimentos coletivos representativos, normalmente patrocinados por legitimados extraordinários (*v.g.* Ação civil pública – Lei 7.347/85 – e Ações coletivas dos arts. 81 *et seq* da Lei 8.078/90); e c) em massa ou de alta intensidade: que dá margem a propositura de ações repetitivas ou seriais, que possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns

para a resolução da causa (técnicas de julgamento liminar de ações repetitivas – art. 285A, CPC, recursos especiais repetitivos e recursos extraordinários Arts. 543 A, B, C, CPC) (THEODORO JÚNIOR, 2009; MENCHINI, 2007).

Conjuntamente com esse fenômeno, insito à divulgação no Brasil das tendências de acesso à justiça, começaram a ser dimensionadas “novas” teorias constitucionais do processo e uma em especial, a teoria instrumentalista do processo do Prof. Candido Rangel Dinamarco, publicada em 1987, que vem sendo radicalmente criticada ao permitir aplicações solipsistas do direito (GONÇALVES, 1992; PASSOS, 2000).

Tal teoria, sob os influxos das teorias socializantes, tenta sintetizá-las, dando seguimento ao discurso da centralidade da jurisdição para a teoria do processo (DINAMARCO, 2001, p. 82), da defesa de uma instrumentalidade positiva, com uma jurisdição predisposta para a realização de escopos metajurídicos (sociais, políticos e econômicos) mediante a intervenção do juiz (DINAMARCO, 2001, p. 270-273), repetindo as mesmas finalidades, todavia, já sustentadas por Franz Klein em sua célebre preleção de Dresden, em 1901 (KLEIN, 1958).

No entanto, além desses fundamentos processuais das alterações ocorridas, não se pode negar a ressonância dos arranjos político-econômicos aos quais o Brasil passou a se inserir a partir dessa época.

9. As tendências neoliberais

No final da década de 1980, considerada a “década perdida” para os países em desenvolvimento, os órgãos financeiros mundiais – FMI e Banco Mundial – pressionaram os países da América Latina a novas práticas de índole liberal.

Fora então proposto um conjunto de medidas, em novembro de 1989, por economistas de instituições financeiras baseadas em Washington (como o FMI, o Banco Mundial e o Departamento do Tesouro dos Estados Unidos), fundamentadas num

texto do economista John Williamson, do “International Institute for Economy”, de modo a implementar um “ajustamento macroeconômico” dos países em desenvolvimento que passavam por dificuldades.

Tal situação é sintetizada por Bandeira (2002):

“Solução viável não se percebia para o problema da dívida externa, com o qual os desinvestimentos conjugavam-se, devido a crescente fuga de capitais tanto estrangeiros quanto nacionais, carreando a estagnação econômica, em meio de incontrolável processo inflacionário. Essa crise, que começava a afetar seriamente os interesses dos Estados Unidos ao reduzir na América Latina a capacidade de importar e atender ao serviço da dívida externa, levou o Institute for International Economics a promover uma conferência, para a qual foram convidados economistas de oito países latino-americanos – Argentina, Brasil, Chile, México, Venezuela, Colômbia, Peru e Bolívia, com a finalidade de formular um diagnóstico e sugerir medidas de ajustamento para sua superação. Naquela oportunidade, o economista norte-americano John Williamson apresentou um documento, que continha dez propostas de reforma econômica sobre as quais havia amplo consenso em Washington, tanto entre os membros do Congresso e da Administração quanto entre os tecnocratas das instituições financeiras internacionais, agências econômicas do Governo norte-americano, Federal Reserve Board e *think tanks*. As propostas, visando a estabilização monetária e ao pleno restabelecimento das leis de mercado, consistiam em: 1 – disciplina fiscal; 2 – mudanças das prioridades de gastos públicos; 3 – reforma tributária; 4 – taxas de juros positivas; 5 – taxas de câmbio de acordo com as leis de mercado; 6 – libera-

lização do comércio; 7 – fim das restrições aos investimentos estrangeiros; 8 – privatização das empresas estatais; 9 – desregulamentação das atividades econômicas; 10 – garantia dos direitos da propriedade (destacamos).

A partir da década de 1990, os governos Collor e Fernando Henrique Cardoso colocaram em curso boa parcela das medidas do Consenso de Washington, entre elas uma ampla privatização dos serviços públicos, contra a qual o Poder Judiciário não exerceu grandes controles (OLIVEIRA, 2005).

Reforçou-se no Brasil o discurso neoliberal do fundamentalismo do livre mercado.

Desse modo, as medidas governamentais tiveram que adequar a leitura que se fazia do Texto da Constituição de 1988, recém-promulgada, de modo a impedir que os direitos nela assegurados, *v. g.* a proibição de juros superiores a 12% ao ano, impedissem o fortalecimento e o agigantamento do sistema financeiro, que já governava o sistema político (ARRUDA, 2007).

As políticas neoliberais impostas, sub-repticiamente apresentadas com um caráter de modernidade e tecnicismo apolíticos, “foram um cavalo de Tróia que foi recuperando posições do poder econômico nas instâncias decisivas do poder político, em níveis nacionais e em níveis inter e transnacionais” (RIBEIRO, 2003, p. 130).

Como explica Ribeiro (2003, p. 131):

“A economia de mercado foi erigida em ideologia, e a política, o poder político, passou a ter a missão de criar as condições para por em prática, salvaguardar, reforçar essa ideologia desideologizante, que nega as ideologias, e com o apoio dela cumprir a missão reacionária, conservadora do tipo de relações sociais e do modo de produção contra o processo histórico humanizador e socializante, potenciador da individualidade impagável nos coletivos”.

Nessa perspectiva, não seria conveniente o uso do aparato jurisdicional e do

processo como instituto de participação e controle da função estatal e nem mesmo o intervencionismo judicial da teoria socializadora do processo.

Devido à ligação que os modelos processuais possuem com a organização socioeconômica e, especialmente, política dos Estados modernos, a tendência implementada geraria efeitos na estruturação processual.

Far-se-ia necessária a criação de um modelo processual que não oferecesse perigos para o mercado, com o delineamento de um protagonismo judicial muito peculiar, em que se defenderia o reforço do papel da jurisdição e o ativismo judicial, mas não se assegurariam as condições institucionais para um exercício ativo de uma perspectiva socializante ou, quando o fizesse, tal não representaria um risco aos interesses econômicos e políticos do mercado e de quem o controla.

A “síndrome de privatização da cidadania” (*Syndrom des staatsbürgerlichen Privatismus*) e a intervenção ilegítima do mercado, aludidas por Habermas (1994, p. 105), que conduz o cidadão a um papel clientelístico (apático) e periférico, contaminam o sistema jurídico brasileiro, em face das inúmeras intervenções.

Ademais, o modelo processual defendido deveria assegurar uma padronização decisória, especialmente para dimensionar a litigiosidade repetitiva que não levaria, em muitos casos, em consideração as peculiaridades do caso concreto, mas asseguraria alta produtividade decisória, de modo a assegurar critérios de excelência e de eficiência distorcida³⁰ requeridos pelo

³⁰ “And indeed there is ubiquitous concern with increased efficiency. In the midst of this concern, a tendency is discernible to deemphasize preoccupations with procedural form – including residual differences between common law and civil law regimes – and concentrate instead on measures likely to contribute to the efficient functioning of civil justice. But consider that efficiency, properly understood, is a measure of the relation of the valued output, or goal of an activity, to the cost of achieving it. The speed and cost at

mercado financeiro, dentro de um peculiar acatamento do movimento de convergência entre a *civil law* e a *common law*, mas com utilização, muitas vezes equivocada, de julgados como verdadeiros precedentes.

Surgem vozes da teoria econômica (BACHA; ARIDA; LARA-RESENDE, 2005) defendendo até mesmo que não poderia ocorrer ingerência da jurisdição em contratos financeiros, sob efeito de se criar um risco ou “incerteza jurisdicional” (*jurisdictional uncertainty*) capaz de gerar, nessa concepção, a baixa utilização de investimentos de longo prazo no mercado financeiro, por estarem sujeitos a revisibilidade judicial.

Ao lado dessa perspectiva econômica,³¹ foram defendidas e implementadas refor-

which a justice system disposes of ingested cases tell us little about its efficiency unless we are informed of its goals: without reference to them, efficiency is a contentless ideal. Now, it would be wrong to believe that goals and value systems of more or less bureaucratized machineries of justice are alike. Their assessments of the importance of accurate fact-finding, consistency in decision-making, dissent, official discretion, or the outsourcing of official action, all differ in significant ways. Thus, so long as vestiges persist in civil procedure of attitudes traceable to disparate common law and civil law structures of authority, they should not be disregarded, even if one’s principal concern is the increase of procedural efficiency. Nor is it really passé, for the purpose of rough orientation on a number of procedural issues, to keep in mind that continental civil procedure retains remnants of procedural attitudes and arrangements congenial to a hierarchical-bureaucratic machinery of justice, while its common law counterpart keeps alive vestiges of a more egalitarian and less bureaucratized institutional environment.” DAMAŠKA, (2010); CARPI (2009).

³¹ As colocações aqui realizadas somente visam demonstrar as deficiências de uma suposta atividade compensadora de desigualdades pelo juiz e não a de se realizar ou acatar posições de “Análise Econômica do Direito” (*Economic Analysis of Law*) típica do movimento do “Direito e Economia” (*Law and Economics*). Tais posições pragmatistas que buscam “moldar o direito para ajustá-lo às normas econômicas”, em perspectiva “instrumental” (POSNER, 2007, p. 35; 40-43), e que almejam a “maximização da riqueza” mediante uma intervenção judicial (Ibid, p. 477), que busca máxima eficiência com o fim de reduzir os custos sociais (Ibid, p. 483), são constitucionalmente inadequadas já que sua adoção implicaria o descumprimento dos objetivos assumidos por nosso Texto maior (art. 3º, CRFB/88).

mas no processo que reduziriam sua função processual fiscalizadora e construtora dos provimentos jurisdicionais.

Tais reformas foram, em grande parte, delineadas com base nos pilares desenvolvidos pelo Banco Mundial mediante o relatório intitulado “Documento Técnico n. 319: O setor judiciário na América Latina e no Caribe, elementos para reforma”.

Tais propostas de reforma, defendidas pelo Banco Mundial, privilegiavam predominantemente a busca de um processo célere e que garantisse a defesa da propriedade privada e do mercado.

Analisam-se o sistema processual e seus institutos como se esses, seu dimensionamento e sua interpretação pudessem se resumir ao cumprimento de funções econômicas, dentro da tônica que, em face da globalização, levaria a imposição de modelos jurídicos pelos sujeitos econômicos dominantes (TARUFFO, 2002, p. 25), sem qualquer comprometimento com a busca de legitimidade de um Estado democrático de direito.

Várias reformas foram propostas para os sistemas jurídicos da América Latina, implementados, em grande parte, pelo legislador brasileiro, de modo a garantir a requerida produção industrial de decisões e de satisfazer os anseios do Banco Mundial.

Ocorre que se defendia o aumento do papel da magistratura, nos moldes do movimento de socialização, mas, ao mesmo tempo, constatava-se que nos países latino-americanos a magistratura não estabelecia um contrapeso “aos abusos de poder por parte do executivo e do legislativo” (DAKOLIAS, 1996, p. 10) e que os juízes não se encontravam, em algumas hipóteses, preparados para o exercício de seu múnus³² e realização de um juízo consequencialista (de antevisão dos impactos decisórios no campo político, econômico

e social) (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2010).

Esse discurso neoliberal e a análise econômica do direito, acabam privando a visão de um Judiciário que desempenha uma função pública idônea, mas como um mero órgão prestador de serviços.

Como informa Chauí (2006, p. 30), o neoliberalismo brasileiro conduz a um aumento do espaço privado e a uma mudança do papel do cidadão. Ocorre assim:

“[...] o encolhimento do espaço público e o alargamento do espaço privado sob os imperativos da nova forma de acumulação do capital conhecida como neoliberalismo. Um dos efeitos dessa situação é a transformação de direitos econômicos e sociais em serviços, definidos pela lógica de mercado e com isso a transformação do cidadão em consumidor. Ora, a democracia institui a cidadania como ação de contra poderes sociais para criação e garantia de direitos, graças à participação nas lutas políticas. Se os direitos, conquistados nos embates no espaço público e na luta de classes, são privatizados ao se transformar em serviços vendidos e comprados como mercadorias, o cerne da democracia é ferido mortalmente e a despolitização da sociedade é uma decorrência necessária. *O recuo da cidadania e a despolitização da sociedade produzem a SUBSTITUIÇÃO DO INTELLECTUAL ENGAJADO PELA FIGURA DO ESPECIALISTA COMPETENTE, cujo suposto saber lhe confere o poder para, em todas as esferas da vida social, dizer aos demais o que devem pensar, sentir, fazer e esperar. A crítica ao existente é silenciada pela proliferação ideológica competente dos receituários para viver bem*” (destacamos).

Pode-se perceber que o neoliberalismo se apropria do discurso socializante para desnaturá-lo e utilizá-lo contra si mesmo e

³² “[...] freqüentemente os juízes não estão preparados para a magistratura” (DAKOLIAS, 1996, p. 13).

em favor de seus imperativos funcionais e de eficiência quantitativa.³³

Permite-se a prolatação de decisões em larga escala, com reduzido ou inexistente espaço de discussão, na lógica da produtividade, e não de uma real aplicação social ou constitucionalmente adequada do direito.

O discurso da intolerância contra a ineficiência do Poder Judiciário garante a profusão de reformas na lei processual no enfoque meramente funcional.

Reformas que deveriam, na busca do acesso à Justiça, simplificar os procedimentos vêm produzindo o aumento de sua complexidade, exigindo profissionais altamente “competentes” (CHAUÍ, 2006), contradizendo as próprias bases do movimento reformador.³⁴

Nesse contexto, o Judiciário brasileiro, nem mediante um esforço incomensurável de seus órgãos, conseguiria ser “virtuoso” em face das exigências de produtividade numérica e de rapidez procedimental máxima.

Com Waldron, devemos perceber que “construímos (...) um retrato idealizado do julgar e o emolduramos junto com o retrato de má fama do legislar”³⁵ e, em face disso, precisamos repensar nossa situação jurídica e os discursos românticos da virtude e sensibilidade de nossos decisores, sob pena de com o rótulo de um idílico “ativismo judicial” se implementar uma verdadeira juristocracia.

Infelizmente, em face desses e de outros fatores, o sistema processual brasileiro costuma trabalhar com uma eficiência quantitativa, impondo mesmo essa visão neoliberal (NUNES, 2008) de alta produtividade de decisões e de uniformização superficial dos entendimentos pelos

tribunais,³⁶ mesmo que isso ocorra antes de

³⁶ Não se pode negligenciar, nesse aspecto, as importantes ponderações no Ministro do STJ Herman Benjamin, sobre o perigos da uniformização sem um anterior debate aprofundado das temáticas, Cf.: “Uma perplexidade político-processual inicial: a solução de conflitos coletivos pela via de ação civil individual e a mutilação reflexa do direito de acesso à justiça de milhões de consumidores. A colenda Primeira Turma decidiu, em 24.4.2007 (fl. 186), afetar esta demanda à Primeira Seção. Até aí, nada de incomum, pois frequentemente questões complexas ou repetitivas são levadas ao colegiado de dez Membros, para que possam os seus integrantes decidi-las de maneira uniforme, evitando assim entendimentos divergentes entre as duas Turmas. Aqui, contudo, afloram peculiaridades que desaconselhariam tal ‘afetação’, na forma e no momento em que foi feita, quase que automaticamente, sem qualquer discussão prévia e amadurecimento, no âmbito interno de ambas as Turmas, das múltiplas questões novas e controvertidas que acompanham esta demanda. Os pontos complexos que este processo envolve – e são tantos, como veremos no decorrer deste Voto – não se submeteram ao crivo de debates anteriores entre os Membros das Turmas, debates esses necessários para identificar e esclarecer as principais divergências e controvérsias de conflito desse porte, que, embora veiculado por ação individual (e formalmente refira-se com exclusividade a uma única consumidora), afeta, de maneira direta, mais de 30 milhões de assinantes (*rectius*, consumidores). Difícil negar que, no âmbito do STJ, a demanda não estava madura para, de cara, prolatar-se decisão unificadora e uniformizadora a orientar a Seção, suas duas Turmas e todos os Tribunais e juízos do Brasil. Em litígios dessa envergadura, que envolvem milhões de jurisdicionados, é indispensável a preservação do espaço técnico-retórico para exposição ampla, investigação criteriosa e dissecação minuciosa dos temas ora levantados ou que venham a ser levantados. Do contrário, restringir-se-á o salutar debate e tolher-se-á o contraditório, tão necessários ao embasamento de uma boa e segura decisão do Colegiado dos Dez. É bem verdade que o Regimento Interno prevê a ‘afetação’ de processos à Seção ‘em razão da relevância da questão jurídica, ou da necessidade de prevenir divergências entre as Turmas’ (art. 127). Contudo, escolheu-se exatamente uma *ação individual*, de uma contratante do Rio Grande do Sul, *triplamente vulnerável* na acepção do modelo constitucional *welfarista* de 1988 – consumidora, pobre e negra –, para se fixar o precedente uniformizador, mesmo sabendo-se da existência de várias *ações civis públicas*, sobre a mesma matéria, que tramitam pelo País afora. Ou seja, inverteu-se a lógica do processo civil coletivo: em vez da ação civil pública fazer coisa julgada *erga omnes*, é a ação individual que, por um expediente interno do Tribunal, de natureza pragmática, de fato transforma-se, em consequência da eficácia uniformizadora da decisão colegiada, em instrumento

³³ Não se pode esquecer da eficiência qualitativa (TARUFFO, 2002; CARPI, ORTELLS; 2008. p. 185-).

³⁴ V. g. verificar tão somente as reformas do sistema recursal e executivo e as centenas de polêmicas em sua aplicação.

³⁵ WALDRON (2003, p. 2). Obviamente, devemos também criticar algumas de suas concepções de autorrestrrição judicial.

um exaustivo debate em torno dos casos, com a finalidade de aumentar a estatística de casos “resolvidos”.

O Conselho Nacional de Justiça criou metas de produtividade (a Meta 2 de 2009³⁷ e 2010,³⁸ por exemplo) e colocou em seu

de solução de conflitos coletivos e massificados. Não se resiste aqui à tentação de apontar o paradoxo. Enquanto o ordenamento jurídico nacional nega ao consumidor-indivíduo, sujeito vulnerável, legitimação para a propositura de ação civil pública (Lei 7347/1985 e CDC), o STJ, pela porta dos fundos, aceita que uma demanda individual – ambiente jurídico-processual mais favorável à prevalência dos interesses do sujeito hiperpoderoso (*in casu* o fornecedor de serviço de telefonia) – venha a cumprir o papel de ação civil pública às avessas, pois o provimento em favor da empresa servirá para matar na origem milhares de demandas assemelhadas – individuais e coletivas. Aliás, em seus Memoriais, foi precisamente esse um dos argumentos (a avalanche de ações individuais) utilizado pela concessionária para justificar uma imediata intervenção da Seção. Finalmente, elegeu-se exatamente a demanda de uma consumidora pobre e negra (como dissemos acima, *triplemente vulnerável*), destituída de recursos financeiros para se fazer presente *fisicamente* no STJ, por meio de apresentação de memoriais, audiências com os Ministros e sustentação oral. Como juiz, mas também como cidadão, não posso deixar de lamentar que, na argumentação(?) oral perante a Seção e também em visitas aos Gabinetes, verdadeiro monólogo dos maiores e melhores escritórios de advocacia do País, a voz dos consumidores não se tenha feito ouvir. Não lastimo somente o silêncio de D. Camila Mendes Soares, mas sobretudo a ausência, em sustentação oral, de representantes dos interesses dos *litigantes-sombra* [...] – destacamos – BRASIL, STJ, 15, Resp. 911.802/RS, Rel. Min. José Delgado, j. 24.10.2007, DJe. 01.09.2008.

³⁷ “Identificar os processos judiciais mais antigos e adotar medidas concretas para o julgamento de todos os distribuídos até 31/12/2005 (em 1º, 2º grau ou tribunais superiores)” até o final de 2009. Cf. www.cnj.jus.br – Acesso em 10/07/2009.

³⁸ “A nova Meta 2 está mais abrangente do que a estabelecida no ano passado, pois prevê o julgamento de todos os processos de conhecimento distribuídos (em 1º grau, 2º grau e tribunais superiores) até 31 de dezembro de 2006 e dos processos trabalhistas, eleitorais, militares e da competência do tribunal do Júri, até 31 de dezembro de 2007. As Metas 1 e 3 também buscam reduzir o estoque de processos, dando mais agilidade e eficiência à prestação jurisdicional. A Meta 1 consiste em julgar em 2010 quantidade igual à de processos de conhecimento distribuídos este ano mais uma parcela do estoque acumulado. A Meta 3, por sua vez, visa reduzir a pelo menos 10% o acervo de processos na fase de cumprimento ou de execução e a

site um “processômetro” com o índice de produtividade dos Tribunais brasileiros.³⁹

E os juízes de primeiro grau e dos Tribunais são relegados a um papel de autômatos do sistema em face da fixação de pautas decisórias e decisões padrão pelos Tribunais Superiores, de modo que são, costumeiramente, compelidos a tão somente repeti-las sem possuir a menor infraestrutura para proferir decisões maturadas e forjadas no debate processual.

10. O impacto no movimento de convergência entre civil law e common law

Existem inúmeros estudos nos últimos anos⁴⁰ que mostram essa tendência de convergência das tradições de *civil law* e *common law* já no século XX: na experiência continental europeia, tornou-se evidente a concessão de maior espaço ao direito jurisprudencial, e, em sentido inverso, uma orgia legislativa, que ofertam formas legais às regras do *common law* clássico.⁴¹

20% o acervo de execuções fiscais.” Cf. http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10350&Itemid=1125

³⁹ Perceba-se que aqui não se apresenta qualquer reprimenda à busca de processos constitucionalmente céleres, mas, a redução da eficiência do sistema a uma procura frenética de rapidez a qualquer custo contraria até as concepções mais rasas do que se entende por um processo democrático.

⁴⁰ GAMBARO (2009); DAMAŠKA, (2010); CARPI (2009); PICKER(2008).

⁴¹ “[...] one can detect a trend towards codification in many Common Law countries. For instance Australia, England and the United States now have an extensive body of codes in the fields of bankruptcy, intellectual property, antitrust, banking regulation, securities and tax law. As to the United States of America, Judge Calabresi observed in 1982 that the United States have entered the ‘age of statutes’ and that statutes may be used as sources of law beyond their terms.⁷ Others have even drawn the conclusion that the interpretation of statutes is America’s new ‘primary source of law’. Many American cases are indeed concerned with the interpretation of statutes, such as the Bankruptcy Act or the Internal Revenue Code and in carrying out this task, courts in the United States are basically using canons that have been developed by civilian methodology. Some states, such as California, even have complex civil codes. FUNKEN (2003).

E, no Brasil, desde há algum tempo as reformas têm se concentrado na tentativa de uniformização da jurisprudência a todo custo.

O suposto é que seja possível estabelecer “standards interpretativos” a partir do julgamento de alguns casos: um Tribunal de “maior hierarquia”, diante da multiplicidade de casos, os julgaria abstraindo-se de suas especificidades e tomando-lhes apenas o “tema”, a “tese” subjacente.

Definida a tese, todos os demais casos serão julgados com base no que foi pré-determinado; para isso, as especificidades desses novos casos também serão desconsideradas para que se concentre apenas na “tese” que lhes torna idênticos aos anteriores (BAHIA, 2009, p. 175 e 310).

Fala-se muito na necessidade de garantia da *igualdade*, isto é, que se deve buscar o estabelecimento de uniformidade nas decisões porque o fato de haver divergência sobre um mesmo “tema” viola a garantia constitucional de tratamento isonômico. Mas o que é igualdade? Sabemos que, há muito, igualdade deixou de ter apenas um conteúdo negativo (isonomia), como o era nos séculos XVIII e XIX, e passou a incorporar também uma dimensão positiva (direito à diferença) (BAHIA; NUNES, 2009).

Assim, preserva-se a igualdade quando, diante de situações idênticas, há decisões idênticas. Entretanto, viola-se o mesmo princípio quando, em hipóteses de situações “semelhantes”, aplica-se uma “tese” anteriormente definida (sem considerações quanto às questões próprias do caso a ser decidido e o paradigma, cf. *infra*): aí há também violação à igualdade, nesse segundo sentido, como direito constitucional à diferença e à singularidade (ROSENFELD, 1995, p. 1069-).

Nesses termos, a temática se torna mais complexa, uma vez que não é mais possível simplificar a questão almejando tão só resolver o problema da eficiência quantitativa, tendo como pressuposto uma interpretação desatualizada do que representa

a atual concepção de igualdade; até porque isonomia e diferença seriam cooriginários na formação da igualdade.

A tradição dos precedentes⁴² dos países do *common law* pode, assim, ser bem aproveitada para este debate em relação à igualdade; para se evitar a antiga crítica realizada de que ela poderá ser vista como uma “fórmula da perpetuação do erro” (WHITTAKER, 2008, p. 37-83).

Como informa Whittaker (2008, p. 44), na tradição inglesa:

“[...] o ponto de partida do *Common Law* significa que a natureza do material sobre o que se constróem muitas decisões judiciais inglesas difere radicalmente daqueles sistemas jurídicos cuja base é legislativa. Com efeito, o lugar de início não se acha num único texto – qualquer que seja sua extensão ou imprecisão –, mas sim em diversos textos, isto é, na reconstrução de decisões que abarcam um período que com freqüência remonta dois séculos passados e às vezes períodos maiores. Assim mesmo, a classe do texto de uma sentença inglesa se distingue fundamentalmente de todo texto legislativo, sendo aquele por regular de modo discursivo ou argumentativo, no qual o juiz ou os juízes sopesam as considerações em disputa nos casos prévios para alcançar sua decisão. Inclusive, se um juiz busca expor o Direito em um ou várias proposições, essas palavras, por si sós, carecem de toda força, salvo

⁴² Como informa Whittaker (2008) nessa tradição: “[...] la trascendencia y autoridad tradicionales otorgados a los casos fallados (“precedentes” en el amplio sentido identificado por John Bell) por los juristas ingleses (y, notablemente, jueces posteriores) fueron reforzadas durante el siglo XIX mediante un conjunto de normas en cuya virtud una sentencia anterior (o, al menos, *parte* de la misma, su *ratio decidendi*) fue declarada formal y jurídicamente vinculante para un tribunal posterior. Este conjunto de reglas devino conocido como la doctrina del precedente u ocasionalmente *stare decisis* (precedente en el segundo sentido señalado por John Bell).”

(*inter alia*) em seu respectivo contexto jurídico e fático. Isto reafirma a idéia de que as resoluções anteriores não são simples toques num quadro pontual mais amplo (apesar de que um jurista inglês sempre deve retroceder para apreciar uma área do Direito), porque os textos das sentenças almejam por si mesmos sua relação com o que ocorreu antes e, em algumas oportunidades, o que pode acontecer posteriormente. Certamente, muito mais decisões recentes ('discursos') dos membros da Câmara dos Lordes buscam delinear o modelo das proposições jurídicas que respeita o tipo de assunto submetido ao seu conhecimento, conferindo sentido às diversas decisões anteriores".⁴³(tradução livre)

Nesses termos, percebe-se que nem em países nos quais é tradicional o uso de precedentes pode haver sua utilização

⁴³ No original consultado: "[...] el punto de partida con el *Common Law* significa que la naturaleza del material sobre el que se construyen muchas decisiones judiciales inglesas difiere radicalmente de aquellos sistemas jurídicos cuya base es legislativa. En efecto, el lugar de inicio no se halla en un texto único –cualquiera sea su extensión o vaguedad– sino que en diversos textos, esto es, en una recopilación de sentencias que abarcan un período que con frecuencia se remonta dos siglos atrás y a veces más. Asimismo, la clase de texto de una sentencia inglesa desde luego se distingue fundamentalmente de todo texto legislativo, siendo aquel por lo regular discursivo o argumentativo, en el cual el juez o los jueces sopesan las consideraciones en pugna identificadas en los casos previos para alcanzar su decisión. Incluso, si un juez busca exponer el Derecho en una o varias proposiciones, estas palabras, por sí solas, carecen de toda fuerza, salvo (*inter alia*) en su respectivo contexto jurídico y fático. Esto reafirma la idea de que las resoluciones anteriores no son simples toques en un cuadro puntillista más amplio (a pesar de que un jurista inglés siempre debe retroceder para apreciar una área del Derecho), porque los textos de las sentencias intentan explicar por sí mismos su relación con lo que ha ocurrido antes y, en algunas oportunidades, con lo que puede suceder con posterioridad. Ciertamente, muchos más fallos recientes ('discursos') de los miembros de la Cámara de los Lores buscan delinear el modelo de las proposiciones jurídicas que atañe al tipo de asunto sometido a su conocimiento, confiriendo sentido a las diversas decisiones anteriores."

mecânica sem a reconstrução do histórico de aplicação decisória e sem se discutir sua adaptabilidade, mesmo que se busque tal desiderato embasado em uma lógica taca-nha da aplicação da igualdade.⁴⁴

A defesa dessa "pseudoigualdade" para aumentar a eficiência (quantitativa), fomentar uma previsibilidade pelo engessamento dos posicionamentos (em face do modo superficial que o sistema brasileiro impõe a aplicação do direito aos juízes), favorecer uma concepção hierárquica (e não funcional da divisão das competências do Poder judiciário – com quebra da independência interna) e desestimular o acesso à justiça (que é fruto de uma luta histórica e se tornou um problema funcional, pela ausência de uma efetiva reforma do judiciário e de uma aparato adequado) deve ser tematizada com muita cautela.

Não é possível mais pensar somente nas consequências (demandas em profusão), eis que, do ponto de vista institucional, o sistema jurídico funcionaria bem melhor se impedíssemos as causas delas (não cumprimento de direitos fundamentais sociais etc.).

E, dentro dessa tônica, deve ser tematizada a *padronização decisória* para a resolução quantitativa das demandas seriais.

Técnicas de julgamento liminar (§1º do art. 518 e art. 285A do atual CPC e 307 da PL 8.046/2010), súmulas, repercussão geral (THEODORO JÚNIOR, 2009), recursos especiais repetitivos e o projetado, incidente de resolução de demandas repetitivas (THEODORO JÚNIOR, 2009), mostram que se busca, mediante um pressuposto exegeta, padronizar comportamentos mediante decisões padrão que não conseguirão e

⁴⁴ Como ainda lembra Whittaker (2008, p. 77): "[...] el proceso de decisión judicial inglés se revela como mucho más complejo que lo que la descripción formal de la doctrina del precedente sugeriría fácilmente, toda vez que los jueces procuran dirimir la tensión que existe entre las virtudes de la coherencia y la igualdad que subyacen al *stare decisis* y la necesidad de adaptar el Derecho para hacer justicia a los hechos que evolucionan ante sí."

não conseguem (como os grandes Códigos do século XIX não conseguiram) fechar o mundo nos textos (antes os Códigos, hoje as decisões padrão).

E aqui se deve pontuar, não se pretende negar o fenômeno da convergência de sistemas (*common law* e *civil law*), mas entendê-lo, adaptá-lo e aplicá-lo de modo eficiente e legítimo (efetivo), com olhar acurado nas especificidades de cada país – e, inclusive, aprendendo com os erros e acertos trazidos pela experiência do sistema a ser aplicado e de outros países.⁴⁵

⁴⁵ Acerca dessa questão em outros países, cf. “Spain and Germany, for example, enacted statutory provisions in the last decades that make some decisions of their constitutional courts expressly binding on courts and governmental institutions.³³ In regard to Spain, Article 5.1 of the Organic Statute of the Judicial power states that ‘the Constitution is the supreme norm of the legal system and is binding for all judges and courts, who shall interpret and apply laws and administrative norms according to constitutional precedents and principles, in accordance with the interpretation of them resulting from the decisions handed down by the Constitutional Court’. According to section 31(1) of the German Federal Constitutional Court Act (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz* or *BVerfGG*), decisions of that court are binding ‘on the federal constitutional institutions, on the states and on all courts and agencies.’ While there is no comparable statutory provision fortifying the binding quality of the decisions of other highest courts of appeal in Germany, such as the Federal Supreme Court (*Bundesgerichtshof*) and the Federal Administrative Court (*Verwaltungsgericht*), there is a great practical uniformity due to the availability of appellate review and reversal. Concerning the situation in France, David and de Vries have stated that ‘...despite the absence of a formal doctrine of *stare decisis* there is a strong tendency on the part of the French courts like those of other countries, to follow precedents, especially those of higher courts [...] The attitude of lower courts towards the decisions of the Cour de Cassation is in substance quite similar to that of lower courts in common law jurisdictions towards decisions of superior courts.’ This should not come as a surprise, for one has to consider that in the highly bureaucratic court systems of France, Spain or Germany, a judge’s career is negatively affected by too many reversals of his decisions. Due to that, judges will strive to do their best to deliver judgements consistent with the opinions of higher courts. On the European continent, this distinction is sometimes abbreviated by the phrase that precedents are binding *de facto*, not *de iure*. This quasi-normative effect of a higher court’s decision is an intended means for

11. O projeto de novo CPC: aspectos gerais.

Dentro de toda essa complexidade sistêmica, e ainda enxergando o problema da melhoria do sistema processual como um mero problema legal, em 2009, foi instituída pelo Senado Federal comissão de juristas responsáveis de apresentar um Anteprojeto de Código de Processo Civil.

Manteve-se a discussão superficial de que a melhoria do sistema processual brasileiro poderia ser levada a cabo mediante a mera alteração legislativa.

No entanto, foi alterada a perspectiva do movimento das reformas no Brasil de reformas pontuais para a discussão de um novo projeto de Código de Processo. Essa é uma demonstração de que as reformas parciais se tornaram um problema para muitos, pois as legislações processuais se tornaram desconexas e sem coesão interna, o que dificulta a compreensão pelos próprios “operadores do direito”, potencializando a complexidade processual.

Assim, em 30 de setembro de 2009, foi criada uma Comissão composta por grandes juristas e alguns profissionais com penetração política. A Comissão de “Juristas” com a finalidade de apresentar, *no prazo de cento e oitenta dias*, anteprojeto de Código de Processo Civil pelo Senado Brasileiro criada mediante o ATO Nº 379, de 30 de setembro de 2009, é composta por: Adroaldo Furtado Fabricio, Bruno Dantas, Benedito Cerezo Pereira Filho, Elpídio Donizetti, Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora do projeto), Humberto Theodoro Júnior, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Luiz Fux (Presidente da Comissão – e agora Ministro do Supremo Tribunal Federal), Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho.

achieving uniform and predictable application of the law. The authority of precedents is even greater when there is a settled line of cases. In Spain, Art 1.6 of the *Código Civil* even provides that a settled line of cases can be made binding by legislation.” (FUNKEN, 2003).

Em 8 de junho de 2010, com algum atraso, foi apresentado ao Congresso Nacional um Anteprojeto de novo Código de Processo Civil (convertido no Projeto de Lei do Senado de n. 166/2010 – PLS 166-2010), que busca, pelo menos em tese, redimensionar boa parte da técnica processual no Brasil.

Tal projeto teve seu relatório final apresentado ao Senado em 24 de novembro e aprovado em 1º de dezembro de 2010, com poucas alterações.

Foi aprovado pelo Senado Federal em 15 de dezembro de 2010 com envio para a tramitação na Câmara dos deputados (Projeto de Lei 8.046/10).

Segundo a Exposição de motivos do Projeto, os trabalhos da Comissão de doze Juristas encarregada de sua elaboração se orientaram precipuamente “por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.”

O Presidente da Comissão de Juristas, recém-empossado Ministro do Supremo Tribunal Federal, informa em recente texto publicado que o Projeto manteve os mesmos fundamentos técnicos do movimento reformista gestado a partir da década de 1990, com busca de adequação ao movimento de acesso à justiça (FUX, 2011, p. 2).

O projeto apresenta uma redivisão topográfica dos livros do CPC. Em vez de trabalhar com os cinco livros atualmente existentes no Código de Processo Civil de 1973 Reformado – vigente (Livro I – do Processo de conhecimento – Arts. 1º a 565,

Livro II – Do Processo de Execução – Arts. 566 a 795; Livro III – Do Processo Cautelar – Arts. 796 a 889; Livro IV – Dos Procedimentos Especiais – Arts. 890 a 1210; Livro V – Das Disposições Finais e Transitórias – Arts. 1211 a 1220) – o PLS 166-2010, atual PL 8046/2010, apresenta cinco novos livros (Livro I – Parte Geral – Arts. 1º a 291 – que engloba as tutelas de urgência e evidência em seus arts. 266 a 286, com supressão do livro do processo cautelar; Livro II – Do Processo de conhecimento – arts. 292 a 729 – com absorção das fases de cumprimento e dos procedimentos especiais; Livro III – Do Processo de Execução – Arts. 730 a 881; Livro IV – Dos Processos nos Tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais – Arts. 882 a 998; Livro V – das Disposições Finais e Transitórias – Arts. 999-1008).

Na Parte Geral, o PL 8046-2010 apresenta, em seus primeiros 12 artigos, uma tentativa pouco consistente de imprimir uma efetiva constitucionalização do direito processual; clamor recorrente da doutrina após a Constituição de 1988.

No entanto, é de se festejar a adoção da perspectiva democrática do princípio do contraditório (PICARDI, 1998, p. 3; 2003; THEODORO JÚNIOR, 2009) como garantia de influência e não surpresa.

Também no Livro I, encontram-se as tutelas diferenciadas cautelares e antecipatórias, agora chamadas de tutelas cautelares e satisfativas de urgência, quando necessário o requisito da urgência, e de evidência, quando o processo já atingiu uma maturação de fundamentação (cognitiva).

As aludidas técnicas (cautelar e satisfativa) no projeto são fundidas, utilizando-se dos mesmos fundamentos de sua concessão.

Outra novidade é a possibilidade de concessão de uma liminar satisfativa (sem força de coisa julgada), fruto da adoção aproximada de um instituto francês (*rèfère provision*), aqui nominada “estabilização da tutela antecipada”, entre outras alterações.

No Livro II, há uma reestruturação da cognição: 1) acabando com a dicotomia procedimento sumário e ordinário; 2) fomentando a conciliação e mediação; 3) permitindo a utilização das cargas dinâmicas do ônus de prova; 4) reduzindo as hipóteses de procedimentos especiais, entre outras alterações.

No Livro III, promovem-se poucas alterações na execução.

No Livro IV, alteram-se vários aspectos do sistema de impugnações: 1) em regra, as decisões interlocutórias não serão sujeitas a agravo (retirada de seu efeito preclusivo), mas, em hipóteses de urgência e em outras casuisticamente previstas, caberá o Agravo por instrumento (ocorre extinção do recurso em sua modalidade retida);⁴⁶ 2) inclusão do incidente de resolução de demandas repetitivas, para dimensionamento das demandas seriais – tal instituto, inspirado no *Musterverfahren* alemão, permite que se suscite, perante o Tribunal de segundo grau, incidente que suspenderá todas as ações idênticas e que, mediante uma única decisão, solverá, em tese, todas as demandas idênticas; 3) fortalecimento da jurisprudência e padronização decisória (art. 882 como fruto do movimento de convergência brasileiro entre nosso *civil law*

⁴⁶ Nos termos deste PL, em sua exposição de motivos exara: “Desapareceu o agravo retido, tendo, correlatamente, alterando-se o regime das preclusões. 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. Previu-se a sustentação oral em agravo de instrumento de decisão de mérito, procurando-se, com isso, alcançar resultado do processo mais rente à realidade dos fatos.”

com perspectivas não bem compreendidas do *common law*),⁴⁷ entre outras alterações.

O Livro V traz as disposições transitórias.

Se a proposta de reforma global tem como aspecto positivo a definição de um texto com coesão sistêmica, ela traz a lume uma discussão mais complexa, que exigiria a definição das bases estruturantes da reforma, bem como exigiria maior respeito ao devido processo legislativo, próprio do Estado Democrático de Direito, que garante aos cidadãos e em especial à sociedade civil organizada a possibilidade de participação.

Nesse aspecto, é com otimismo que se percebe a abertura em 12 de abril de 2011, pelo Ministério da Justiça brasileiro, de um *site* na internet⁴⁸ para um debate público acerca do Projeto de Lei 8.046-2010.

A aludida ferramenta permitirá, se devidamente levada a sério, uma discussão mais panorâmica de problemas no aludido projeto.

No entanto, desde já devemos tecer alguns breves comentários acerca de algumas questões polêmicas do CPC projetado.

12. Algumas questões polêmicas

13. A questão da mitigação da preclusão

Um primeiro aspecto polêmico diz respeito à mitigação do regime das preclusões.

No sistema processual vigente (CPC de 1973 reformado pelas leis 10.323/01 e 11.187/05), as decisões interlocutórias não impugnadas pelo recurso de Agravo (retido ou de instrumento) precluem.

No entanto, para que o recurso seja apresentado diretamente para o Tribunal de 2º Grau (agravo de instrumento), deverá ocorrer a demonstração de relevância da decisão (*v.g.* tutelas de urgência) ou se tratar de uma hipótese que a lei ou o sistema assim determinem.

⁴⁷ Para uma visão crítica do fenômeno, cf.: THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, nov. 2010).

⁴⁸ <http://participacao.mj.gov.br/cpc/>

Ocorre que a profusão desses recursos nos tribunais sempre conduziu a uma tentativa de reduzir sua utilização, situação que conduziu às reformas que permitem ao Juiz relator no Tribunal converter o agravo de instrumento, de análise imediata, em agravo retido, com análise futura juntamente com a apelação.

No PL 8.046, a situação é modificada de modo que no art. 963, parágrafo único, estabelece-se: “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.” (As hipóteses de agravo de instrumento estão no art. 969).

Nesses termos, não existirá mais a figura do agravo retido e a lei projetada estabelece um rol casuístico de hipóteses de cabimento de agravo de instrumento, sendo que nas outras hipóteses não ocorrerá a preclusão, permitindo a discussão das matérias juntamente com a apelação.

Tal proposta comporta pelo menos dois problemas: o primeiro é que o rol casuístico previsto no art. 969 do projeto não abarca todas as hipóteses que viabilizarão a anulação da sentença, pela não análise da matéria no curso do processo, criando idas e vindas do procedimento; o segundo é que o projeto não diminuirá o número de agravos de instrumento em tramitação nos tribunais, eis que estatisticamente o grande percentual desses recursos versam sobre decisões interlocutórias de concessão ou denegação de tutelas de urgência, hipótese mantida, de modo óbvio, pelo projeto para cabimento do AI (art. 969, I).

14. *A ampliação do microsistema da litigiosidade repetitiva*

Outro capítulo polêmico do projeto é o da ampliação das técnicas de padronização decisória para resolução da questão da litigiosidade repetitiva.

No sistema vigente, a adoção de padrões decisórios liminares (como da técnica de julgamento liminar de ações repetitivas do art. 285A, CPC, reformado pela Lei 11.277/06) ou de padrões pelos tribunais superiores (repercussão geral e recurso especial repetitivo - art. 543A,B,C,CPC, reformado pelas Leis 11.418/06 e 11.672/09) vem gerando uma profusão numérica de julgamentos de casos idênticos, apesar de todas as discussões acerca de sua legitimidade, como já enunciado acima.

No PL 8.046, a utilização dessas técnicas é mantida e ampliada.

Em substituição ao vigente art. 285A, o projeto apresenta o art. 307, de seguinte redação:

“Art. 307. O juiz julgará liminarmente improcedente o pedido que se fundamente em matéria exclusivamente de direito, independentemente da citação do réu, se este: I - contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. § 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência, a decadência ou a prescrição. § 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença. § 3º Aplica-se a este artigo, no que couber, o disposto no art. 306.

A aludida técnica mantém a possibilidade de julgamento sem oitiva do réu em hipóteses nas quais já exista entendimento modelar dos tribunais superiores acerca da matéria, mas sem permitir técnicas de *distinguishing* de casos com alguma nuance diversa; sendo assim recomendável, para manutenção da aplicação do contraditório, a

abertura de prazo ao autor antes do proferimento de sentença liminar, para que esse possa demonstrar a possível diferença de seu caso em relação ao padrão.⁴⁹

O projeto ainda tenta produzir uma cultura da utilização dos precedentes (*stare decisis* horizontal e vertical), com a manutenção das técnicas de repercussão geral e recurso especial repetitivo (arts. 990 a 995), sem contudo estabelecer formas idôneas para a ocorrência do *distinguishing* ou *overruling*.⁵⁰

Nesse aspecto, não se pode olvidar do art. 882:

“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.”

Percebe-se claramente a ressonância do movimento de convergência entre a *civil* e *common law*, como já aludido.

Tenta-se gerar a estabilidade decisória necessária para utilização dos julgados padrão em face da percepção de que os Ministros dos Tribunais superiores, com recorrência, criam entendimentos particulares (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2010).

No entanto, a grande aposta do projeto na busca de resolução da litigiosidade repetitiva, considerada pelos juristas da comissão a principal inovação do projeto, será o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Tal instituto, previsto nos arts. 930 a 941, prevê sua utilização “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” (art. 930).

O instituto brasileiro é confessadamente inspirado no processo modelo das contro-

⁴⁹ Sugestão proposta no I Colóquio Mineiro da Reforma do CPC ocorrido em Belo Horizonte em 24 e 25 de março de 2011, na UFMG.

⁵⁰ O método de superação dos precedentes (*overruling*) consiste na possibilidade de os demandantes poderem postular, junto à Corte que emitiu o precedente (ou esta pode fazê-lo, de ofício), a abolição/releitura do antigo precedente mostrando a alteração nas hipóteses fáticas/jurídicas que lhe deram origem. Já o *distinguishing*, uma forma de se fugir ao rigor dos precedentes; pode-se mostrar que o caso possui particularidades que o diferenciam, isto é, para além das similaridades, advoga-se para que o Tribunal julgue o caso em razão de novas questões jurídicas (ou de particularidades fáticas) não pensadas/discutidas no precedente.

vérsias do mercado de capital tedesca – *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMu)*, divulgado no Brasil pelo Prof. Antonio do Passo Cabral.

O objetivo da lei alemã foi o de resolver, de modo idêntico e vinculante, questões controversas em causas paralelas, mediante decisão modelo dos aspectos comuns pelo Tribunal Regional (*Oberlandesgericht*), com possibilidade de participação dos interessados. A partir dessa decisão, julgar-se-ão as especificidades de cada caso (CAPONI, 2007).

Na causa piloto (*Musterprozessführung*), “as diversas demandas são propostas por uma parte com a finalidade não só de decidir o caso específico, mas com o escopo secundário de utilizar a solução jurisdicional assim obtida como referência para a solução consensual de uma pluralidade indeterminada de controvérsias que conduziria um grupo mais amplo de sujeitos possuidores do mesmo interesse” (tradução livre) (WITTMANN, 2018).

No entanto, no processo modelo alemão, como explica Cabral (20-?):

“A finalidade do procedimento é fixar posicionamento sobre supostos fáticos ou jurídicos de pretensões repetitivas. A lei é clara em apontar estes escopos (*Feststellungsziele*) expressamente, assinalando que devem inclusive ser indicados no requerimento inicial (§ 1 (2)). Assim, não é difícil identificar o objeto do incidente coletivo: no *Musterverfahren* decidem-se apenas alguns pontos litigiosos (*Streitpunkte*) expressamente indicados pelo requerente (apontados concretamente) e fixados pelo juízo, fazendo com que a decisão tomada em relação a estas questões atinja vários litígios individuais. Pode-se dizer, portanto, que o mérito da cognição no incidente compreende elementos fáticos ou questões prévias (*Vorfragen*) de uma relação jurídica

ou de fundamentos da pretensão individual”.

O procedimento na Alemanha se articula em três fases:

a) Admissibilidade, com propositura de um incidente padrão (*Musterfeststellungsantrag*) por uma das partes e a verificação da existência de vários procedimentos tratando de questões jurídicas ou pontos prejudiciais que mereçam uma decisão modelo; caso verifique a necessidade, o primeiro juízo no qual se suscitou o incidente de julgamento modelo, mediante a publicação da existência da ação em um registro eletrônico (www.ebundesanzeiger.de/ebanzwww/wexsservlet), remete a discussão ao Tribunal Regional;

b) A segunda fase se desenvolve no Tribunal Regional, mediante a suspensão de todos os procedimentos nos juízos de origem; permite-se que qualquer uma das partes manifeste suas defesas (tal possibilidade, inclusive, constitui o fundamento do efeito vinculante da decisão modelo). Porém, para evitar o tumulto, a corte nomeia, de ofício, litigantes-modelo, representando os autores e réus (*Musterkläger* e *Musterbeklagte*); estes, como assevera Cabral (20-?), “[...] serão interlocutores diretos com a corte (...) como estamos diante de procedimento de coletivização de questões comuns a vários processos individuais, faz-se necessária a intermediação por meio de um ‘porta-voz’. Estes são uma espécie de ‘parte principal’: são eles, juntamente com seus advogados, que traçarão a estratégia processual do grupo. Os demais, se não poderão contradizer ou contrariar seus argumentos, poderão integrá-los, acrescentando elementos para a formação da convicção judicial. Segundo a própria lei, a determinação dos *Musterparteien* é discricionária do Tribunal, mas deverá respeitar o balizamento e os critérios estabelecidos na norma (§8 da KapMuG). Por exemplo, em

relação ao *Musterkläger*, deverá ser escolhido dentre os autores litigantes no juízo de origem, tomando-se em consideração a magnitude do objeto do *Musterverfahren* e procurando fomentar o entendimento e a comunicação entre maior número possível de autores e interessados”.

A decisão vinculará todos os processos.

c) Com o depósito da decisão passada em julgado, por obra de cada parte em cada processo individualizado se inicia a terceira fase, na qual se definirão as pretensões individuais de cada litígio (suas especificidades).⁵¹

A divisão da cognição, que o incidente viabiliza, mitiga os problemas de análise das especificidades de cada demanda e viabiliza um melhor julgamento dos aspectos “idênticos” das ações seriais.

O incidente projetado no Brasil, no entanto, não delinea a figura dos litigantes padrão, como em seu modelo inspirador, e permite a participação de todos os interessados diretamente (art. 935), inclusive viabilizando a sustentação oral de todos no Tribunal pelo prazo único de 30 minutos (art. 936, § 2º) a ser dividido por todos.

Tais situações poderão inviabilizar o instituto uma vez que, caso abra-se a possibilidade de participação de todos os interessados, que na prática podem chegar aos milhares de cidadãos, dificilmente o incidente poderá ser julgado no prazo indicado de 6 meses, de modo a viabilizar a aplicação das especificidades pelos juízos de primeiro grau.

Poderíamos continuar a apontar uma série de outros aspectos polêmicos, mas o faremos em outras oportunidades.

15. Considerações finais

Dessa breve reconstrução realizada pode-se perceber que a questão da reforma processual projetada visa tratar das consequências (e não das causas) dos déficits

de funcionalidade sistêmica na aplicação dos direitos no Brasil, algo que não poderá ser levado a cabo apenas com a alteração legislativa.

Evidente que o projeto oferta uma série de benefícios ao proceder a uma adaptação legislativa do direito processual ao direito jurisprudencial vivente.

Porém há de serem discutidas as técnicas de dimensionamento da litigiosidade repetitiva para que, sob as bases de modelos do *common law*, não devidamente estruturados, atendam-se tão somente à busca neoliberal de uma justiça de números e não a uma adequação ao modelo constitucional e democrático da aplicação dos direitos.

Espera-se finalmente que o canal institucional recém-criado⁵² para apresentação de propostas e adequações ao projeto viabilize um efetivo debate acerca de seu conteúdo por todos os seguimentos da sociedade, permitindo que a lei, dentro de seus limites, viabilize a melhoria do sistema processual brasileiro.

Referências

ACCESS to Justice: The Florence access-to-justice project. M Cappelletti (Ed.). Milano: A. Giuffrè; Alphenandendrijn : Sijthoff and Noordhoff, 1978-1979. 4 v. In 6.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. La scuola processuale di San Paolo del Brasile. *Rivista Trimestrale di Diritto e de Procedura Civile*, Milano, p. 865-, 1956.

ARAGÃO, E. D. Moniz de. Potere giudiziario e giudici in Brasile. In: RICERCHE sul processo. A cura di Nicola Picardi e Alessandro Giuliani. Rimini: Maggioli, 1988. v. 4.

ARIDA, Persio; BACHA, Edmar Lisboa; LARA-RESENDE, André. *Credit, interest, and jurisdictional uncertainty: conjectures on the case of Brazil*. Rio de Janeiro: IEPE, 2005. p. 265-293. (Texto para Discussão nº 2). Disponível em: <<http://www.iepecdg.com.br/uploads/texto/TPD2IEPE.pdf>>.

ARRUDA, Augusto Francisco Mota Ferraz de. Formação e recrutamento de juízes. In: ALMEIDA, José Maurício Pinto de; LEARDINI, Márcia (Coord.). *Re-*

⁵¹ Cf. CAPONI (2007) cit. CABRAL, (20-?).

⁵² <http://participacao.mj.gov.br/cpc/>

crutamento e formação de magistrados no Brasil. Curitiba: Juruá, 2007. p.49.

BADWAZA, Yosef Mulugeta. *Public Interest Litigation as practiced by South African Human Rights NGOs: any lessons for Ethiopia?* Submitted in partial fulfilment of the requirements of the degree LL.M in Human Rights and Democratization in Africa, Faculty of Law, Centre for Human Rights, University of Pretoria. Cape Town: University of the Western Cape, Faculty of Law, 2003. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&source=web&cd=1&ved=0CBoQFjAA&url=http%3A%2F%2Fetd.uwc.ac.za%2Fusrfiles%2Fmodules%2Fetd%2Fdocs%2Fetd_gen8Srv25Nme4_1448_1181888276.pdf&ei=muv5TeSaCMqtgQfq8dS8Cg&usg=AFQjCNGuDnb6lhAakAXD6E-HDVQDLGMvWA>.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado. Curitiba: Juruá, 2009. 355 p.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle José Coelho. O potencial transformador dos direitos privados no constitucionalismo pós-88. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 98, n. 882, p.45-60, abril de 2009.

BALAKRISHNAN, Konakuppakatil Gopinathan. Growth of public interest litigation in Índia. Singapore Academy of Law Annual Lecture 2008. *Singapore Academy of Law Journal*, Singapore, v. 21, n. 1, Mar. 2009, p. 1-15.

BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. As políticas neoliberais e a crise da América do Sul. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 45, n. 2, p. 135-146, jul./dez. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292002000200007&lng=pt&nrm=iso>.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). *Novíssimo código de processo civil*. Exposição de Motivos do Min. Alfredo Buzaid. São Paulo : J. Bushatsky, 1973. 349 p.

BRASIL. Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850. In: COLLEÇÃO DAS LEIS DO IMPÉRIO DO BRASIL. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1822-1889. v. 13, pte 2, sez. 52ª. p. 271-.

BRASIL. Leis etc. *Código Criminal do Imperio do Brasil anotado com os actos dos poderes legislativo, executivo e judiciario que tem alterado e interpretado suas disposições*. Por Araujo Filgueiras Junior. Rio de Janeiro: Laemmert, 1873.

BUZOID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de processo civil*. Apresentado ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça e Negócios Interiores, pelo Professor Alfredo Buzaid. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964.

_____. L'influenza di Liebman sul diritto processuale civile brasiliano. In: STUDI in onore di Enrico Tullio Liebman. Milano: A. Giuffrè, 1979-. v. 1.

CABRAL, Antonio. Il nuovo Procedimento-Modello (Musterverfahren) tedesco: un'alternativa alle azioni collettive. *Judicium: il processo civile in Italia e in Europa*, [20-?]. Disponível em:<http://judicium.it/news/ins_28_12_08/Do%20passo%20Cabral,%20oss.%20azioni%20seriali.html>

CAENEGEM, R. C. van. History of European civil procedure. In: INTERNATIONAL Encyclopedia of Comparative Law. Under the auspices of the International Association of Legal Science. Tubingen: J.c.b. Mohr, 1973-2010 v. 16.

CAMPOS, Francisco. Código de Processo Civil Brasileiro (Esposizioni di Motivi). *A Vida judiciaria: revista crítica de Direito*, Lisboa, n. 1, p. 292-, 1939.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant Geoffrey. Comparative General report. In: ACCES to Justice: The Florence access-to-justice project. Milano: A. Giuffrè; Alphenaaenderijn : Sijthoff and Noordhoff, 1978-1979. v. 1, p. 9.

CAPONI, Remo. Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienze tedesca e italiana a confronto. *Rivista Trimestrale di Diritto e de Procedura Civile*, Milano, n. 4, p. 1229-1256, 2007. Disponível em: <http://unifi.academia.edu/remocaponi/Papers/138058/R_Caponi_Modelli_europei_di_tutela_collettiva_nel_processo_civile_esperienze_tedesca_e_italiana_a_confronto_2007>.

CARNELUTTI, Francesco et al. *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*. Milano: Giuffrè, 1951. p. 573-.

CARPI, Federico. *The future of categories*. Toronto: International Association of Procedural Law, 2009.

CHAUÍ, Marilena. Intelectual engajado: uma figura em extinção? In: NOVAES, Adauto (Org.). *O silêncio dos intelectuais*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&source=web&cd=1&ved=0CBgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ces.uc.pt%2Fbss%2Fdocumentos%2Finteectual_engajado.pdf&ei=tAn6TcOEF17UgQeqwZn8BA&usg=AFQjCNF_Pzykxm59g2J-irFL0nAhTqzPww>.

CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, May 1976.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Procesal Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

_____. *Saggi di diritto processuale civile :1900 - 1930*. Roma: Foro Italiano, 1930-1931. v. 2, p. 1-; p. 113-.

CIPRIANI, Franco. *Batallas por la justicia civil* : Ensayos. Lima: Cuzco, 2003. p. 88-.

_____. Piero Calamandrei: la «relazione al re» y al apostolado de Chiovena. *Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 51, p. 749-765, set. 1997.

CODICE di procedura civile : 1806. In: I COIDICI napoleonici. Milano: A. Giufrè, 2000. (Testi e documenti per la storia del processo. A cura di Nicola Picardi e Alessandro Giuliani ; 5).

COLLEÇÃO das leis do império do brasil. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1822-1889. v. 13, pt 2, sez. 52ª.

COSTA, Moacyr Lobo da. *Breve noticia histórica do Direito Civil brasileiro e de sua literatura*. São Paulo: Revista dos Tribunais: Universidade de São Paulo, 1970. p. 66-68.

DAKOLIAS, Maria. *The judicial sector of Latin America and Caribbean* : elements of reform. Washington: The World Bank, 1996. (Technical note; 319). Disponível em: < http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/1996/06/01/000009265_3961214163938/Rendered/PDF/multi_page.pdf>.

DAMAŠKA, Mirjan. The Common Law-Civil Law Divide: Residual Truth of a Misleading Distinction. *Supreme Court Law Review*, Butterworths, v. 49, p. 3-22, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Aspecti del nuovo codice del processo civile brasiliano. In: RICERCHE sul processo. A cura di Nicola Picardi e Alessandro Giuliani. Rimini: Maggioli, 1988. v. 4, p. 75-104.

_____. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FUNKEN, Katja. *The Best of Both Worlds: the trend towards convergence of the Civil Law and the Common Law System*. July 2003. (LA732 Comparative Legal Essay). Disponível em: <<http://www.jurawelt.com/sunrise/media/mediafiles/13598/convergence.pdf>>.

FUX, Luiz. O Novo processo civil. In: _____. *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa* (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: GEN-Forense, 2011. 2011 p.

GALLI, Exposé des motifs fait dans la séance du Corp législatif du 19 avril 1806, sur le livre 3^e, seconde parti du projet. In: LOCRÉ, Jean Guillaume (Baron). *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, ou Commentaire et complément des Codes français. Paris: Treuttel et Würtz, 1827-1832. v. 23, p. 420 e 422.

GAMBARO, Antonio. Common law e civil law: evoluzione e metodi di confronto. In: CARPI, Federico. *Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law*. Milano: Giuffrè, 2009.

GIUSEPPE, Francesco. *Ordinanza della procedura civile* : 1895. Milano: Giuffrè, 2004. (Testi e documenti per la storia del processo. A cura di Nicola Picardi e Alessandro Giuliani ; 8).

GOLDSCHMIDT, R. Derecho justicial material civil. In: ESTUDIOS de derecho procesal en honor de Hugo Alsina. Buenos Aires: Ediar, 1946.

_____. *Derecho justicial material civil y derecho procesal*. Buenos Aires : EJE, 1950. (Breviarios de derecho. Directo da S. Sentis Melendo; n. 28). p. 164-165.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GROSSI, Paolo. *Assolutismo giuridico e diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1968.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.

HABSCHEID, Walter J.; WALDER, Hans U. L'organizzazione giudiziaria in Svizzera. In: RICERCHE sul processo. A cura di Nicola Picardi e Alessandro Giuliani. Rimini: Maggioli, 1984. v. 2, p. 3-.

HERSHKOFF, Helen. *Public Interest Litigation: Selected Issues and Examples*. Washington, D.C.: The World Bank, 2005. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/PublicInterestLitigation%5B1%5D.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2004.

IL PROCESSO civile brasiliano. In: RICERCHE sul processo. A cura di Nicola Picardi e Alessandro Giuliani. Rimini: Maggioli, 1988. v. 4.

ITÁLIA. Leis, decretos etc. *Codice di procedura civile*, con la relazione ministeriale alla maestà del re-imperatore. Roma: Istituto poligrafico dello stato, 1940. 422 p.

JAICHAND, Vinodh. Estratégias de litígio de interesse público para o avanço dos direitos humanos em sistemas domésticos de Direito. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 1. n. 1,, p. 134-149, 1^o Sem. 2004. Disponível em: < <http://www.surjournal.org/index1.php>>.

KLEIN, Franz. *Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*: e outros escritos sobre a coisa julgada. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

_____. *Embargos do executado* : oposições de mérito no processo de execução. São Paulo: Saraiva, 1952.

_____. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947.

_____. Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano: 1948. In: RICERCHE sul processo. A cura di Nicola Picardi e Alessandro Giuliani. Rimini: Maggioli, 1988. v. 4, p. 19.

_____. Il nuovo codice di processo civile brasiliano. In: _____. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962? p. 490-.

_____. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962? p. 490-.

_____. Qualche osservazione sullo studio della storia del processo civile. In: SCIALOJA, Antonio. *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*: per il suo XLV anno d'insegnamento. Bologna: Zanichelli, 1953. v. 2.

MENCHINI, Sergio. Azioni seriali e tutela giurisdizionale: aspetti critici e prospettive ricostruttive. In: INCONTRO DI STUDI: le azioni Seriali do Centro Interuniversitario di Studi e Ricerche sulla Giustizia Civile Giovanni Fabbrini, 4., 2007. *Atti*. Pisa, Università di Pisa, 2007. Testo provvisorio disponível em: <http://judicium.it/news/ins_15_05_07/convegno%20Pisa/Menchini,%20convegno%20Pisa.html>

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Il codice di procedura civile dello Stato della Città del Vaticano come fonte storica del diritto brasiliano. In: STUDI in onore di Vittorio Denti. Mauro Cappelletti et al., organizzadores. Padova: CEDAM, 1994, v. 1, p. 1-16.

NEVES, José Accursio das. *Historia Geral da Invasão dos Franceses em Portugal e da Restauração deste Reino*. Lisboa: na Officina de Simão Thaddeo Ferreira, 1810-1811. v. 2, p. 217-218.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdiccional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política? *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, p. 559-587, jul./set. 2005. Disponível em: <redalyc.uaemex.mx/pdf/218/21848304.pdf>.

ORTELLS-RAMOS, Manuel. Le code de procédure civile de 1806 et la première codification procédurale civile espagnole: parallélismes, coïncidences, divergence. In: 1806 - 1976 - 2006, de la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France. Sous la direction de Loïc Cadiet et Guy Canivet. Paris : Litec, 2006. p. 170.

PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro*: desde as origens até o advento do novo milênio. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PASSOS, J. J. Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, , n.7, p. 5-14, set./out. 2000.

PICARDI, Nicola. "Audiatur et altera pars" le matrici storico-culturali del contraddittorio. *Rivista trimestrale*

di diritto e procedura civile, Milano, v. 57, n. 1, p. 7-22, 2003.

_____. Il principio del contraddittorio. *Rivista di diritto processuale*, Padova, n. 3, p. 673, jul./set. 1988.

_____. Il processo civile svizzero. *Rivista de diritto processuale*, Padova, 1983. p. 660-.

_____. Le code de procédure civile français de 1806 et le monopole étatique de la jurisdiction. In: 1806 - 1976 - 2006, de la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France. Sous la direction de Loïc Cadiet et Guy Canivet. Paris : Litec, 2006. p. 187-.

PICKER, Colin B. International Law's Mixed Heritage: A Common/Civil Law Jurisdiction. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Nashville, v. 41. n. 4, Oct. 2008. Disponível em: <<http://law.vanderbilt.edu/publications/journal-of-transnational-law/archives/volume-41-number-4/download.aspx?id=3336>>.

PORTUGAL. Ordenações Alfonsinas. *Ordenações do Senhor Rey D. Alfonso V*. Coimbra: [s.n.], 1792. v. 2, 9.

PORTUGAL. Ordenações Filipinas. *Ordenações filipinas*: ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandato d'el Rei d. Filipe, o primeiro. Texto com introdução, breves notas e remissões, redigidas por Fernando H. Mendes de Almeida. São Paulo: Saraiva, 1957-1966.

POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PROCESSO oral 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940. (Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros, n. 1).

REIS, José Alberto dos. O novo Código de Processo Civil. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, v. 72, n. 2640, maio 1939.

_____. La riforma del processo civile portoghese. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1930, v. 1., p. 158-165.

RHEE, C. H. van. The influence of the French code de procédure civile (1806). In: 1806 - 1976 - 2006, de la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France. Sous la direction de Loïc Cadiet et Guy Canivet. Paris : Litec, 2006. 129 p.

RIBEIRO, Sérgio. As políticas neoliberais e a degradação da democracia: a subordinação do poder político ao poder econômico. *Fragmentos de Cultura*, Goiânia, v. 13, n. especial, p. 125-134, nov. 2003.

RIVISTA ITALIANA PER LE SCIENZE GIURIDICHE. Roma : E. Loescher, 1886-1977. 3. ser., 1948.

ROSENCRANZ, Armin; JACKSON, Michael. The Delhi Pollution case: the Supreme Court of India and the Limits of Judicial Power. *Columbia Journal of Environmental Law*, New York, v. 28, n. 2, p.223-254, 2003.

ROSENFELD, Michel. The identity of the constitutional subject. *Cardoso Law Review*, v. 26, n. 3-4, p. 1049-1110, January 1995.

SANTOS, Moacyr Amaral. Contra o processo autoritário. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 54, n. 2, , p. 212-, separata, 1959. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_38/panteao.htm>.

SCHOLZ, Johannes-Michael. Gesetzgebung in Portugal. In: COING, Helmut. *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechts Geschichte*. München: Beck, 1976. p. 289

_____. Portugal, Zivilprozessrecht, Kodification. In: COING, Helmut. *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechts Geschichte*. München: [s.n.] 1982. v. 3, p. 2445-.

SILVA, Antonio Delgado da (Org.). *Collecção da Legislação Portuguesa : 1763-1774*. Lisboa: 1829. p. 407-414.

SPINI, Giorgio. Il pensiero politico americano dalle origini al federalismo. In: FIRPO, Luigi (Org.) *Storia delle idee politiche economiche e sociali*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1980. v. 4, t. 1, p. 443-.

TARUFFO, Michele. *Dimensioni transculturali della giurizia civile: Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.

_____. Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation. In: CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel. *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universidad di Valencia, 2008. 2 v.

TELLES, José Homem Corrêa. *Commentário crítico à Lei da Boa Razão*. Lisboa: [s.n.], 1824.

THE FEDERALIST. The federalist: a collection of essays, written in favour of the new Constitution, as agreed upon by the Federal convention, September 17, 1787, in two volumes. New York, N.Y.: J. And A. M'Lean, 1788. 2 v.

_____. *The Federalist papers*. Alexander Hamilton, James Madison, John Jay; introduction and notes by

Charles R. Kesler; edited by Clinton Rossiter. New York, N.Y.: Signet Classic, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro : análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 189, p. 9-52, nov. 2010.

_____. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 177, p. 9-46, nov. 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. 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, v. 168, fev. 2009.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WHITTAKER, Simon; BANFI DEL RÍO, Cristian. El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 35, n. 1, p. 37- 83, abr. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372008000100003&lng=es&nrm=iso>

WITTMANN, Ralf-Thomas. Il contencioso di massa in Germania. In: GIORGETTI, Alessandro; VALLEFUOCO, Valerio. *Il contencioso di massa in Italia, in Europa en el Mondo*. Milano: Giuffrè, 2008. p. 178.

WOLF, A. Die Gesetzgebung der entstehenden Territorialstaaten. In: COING, Helmut. *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechts Geschichte*. München: Beck, 1976. v. 1, p. 667.

WOOLF, Harry. *Access to justice :final report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*. London: HMSO, 1996. 370 p.

O advogado e o novo Código de Processo Civil

Ophir Cavalcante Junior

Sumário

Introdução. 1. Honorários advocatícios. 1.1. Honorários contra a Fazenda Pública. 1.2. Compensação de honorários. 1.3. Caráter alimentar dos honorários. 1.4. Pagamento de honorários diretamente à sociedade de advogados. 1.5. Limite de honorários advocatícios em 25% em fase recursal. 2. Prazos processuais. 3. Férias dos advogados. 4. Intimação em nome da sociedade de advogados. 5. Intimação pelo próprio advogado. 6. Sustentação oral em agravo de instrumento com tutela de urgência. Conclusão.

Introdução

O debate acerca do projeto do novo Código de Processo Civil é uma iniciativa da qual a advocacia, e, por consequência, a Ordem dos Advogados do Brasil, não pode se furtar a participar. De antemão, no entanto, é de se dizer que não se está aqui a ditar preceitos que traduzirão no mais acertado interesse da sociedade e do advogado. Obviamente é isso que se busca, mas é imprescindível esclarecer que discussão dessa monta não pode se resumir a um breve artigo ou a singelas horas de estudo. Antes de definir as diretrizes processuais civis de nosso País, é preciso amplo debate, num trabalho exaustivo sobre cada aspecto, cada artigo reformulado. É que o Código de Processo Civil envolve o direito dos 190 milhões de brasileiros e o dia a dia de trabalho dos 700 mil advogados desta Nação, o que

Ophir Cavalcante Junior é advogado, presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

umenta sobremaneira a responsabilidade dos atores nesse processo de reforma, entre os quais a Entidade que tenho a honra de presidir.

Nesse contexto, longe de almejar exaurir a matéria ou até mesmo de enumerar aqui os temas prioritários, busco contribuir com o debate a partir de tópicos que reiteradamente são suscitados pelos advogados e que, embora possam não refletir unanimidade, acompanham o interesse de considerável parcela de nossa classe. Trata-se de “honorários advocatícios”, “prazos processuais”, “férias dos advogados”, “intimação em nome da

sociedade de advogados”, “intimação pelo próprio advogado” e “sustentação oral em agravo de instrumento com tutela de urgência”.

Antes, porém, de abordar o mérito de algumas das inovações contidas no projeto, aproveito para conclamar os advogados brasileiros a participar das discussões, ficando o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil aberto a receber contribuições, que serão de suma importância para o amadurecimento do tema no âmbito da OAB, onde já foi constituída comissão para a compilação e análise prévia das sugestões recebidas.

1. Honorários advocatícios

Código de Processo Civil – Lei n. 5.869/1973	Projeto do novo CPC
<p>Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.</p> <p>§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:</p>	<p>Art. 87. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.</p> <p>§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito, do benefício ou da vantagem econômica obtidos, conforme o caso, atendidos:</p> <p>I - o grau de zelo do profissional; II - o lugar de prestação do serviço;</p>
<p>a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar de prestação do serviço; c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.</p>	<p>III - a natureza e a importância da causa; IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.</p> <p>§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, os honorários serão fixados dentro seguintes percentuais, observando os referenciais do § 2º:</p>
<p>§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas <i>a</i>, <i>b</i> e <i>c</i> do parágrafo anterior.</p>	<p>I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento nas ações de até duzentos salários mínimos; II - mínimo de oito e máximo de dez por cento nas ações acima de duzentos até dois mil salários mínimos; III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento nas ações acima de dois mil até vinte mil salários mínimos; IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento nas ações acima de vinte mil até cem mil salários mínimos; V - mínimo de um e máximo de três por cento nas ações acima de cem mil salários mínimos.</p> <p>§ 7º A instância recursal, de ofício ou a requerimento da parte, fixará nova verba honorária advocatícia, observando-se o disposto nos §§ 2º e 3º e o limite total de vinte e cinco por cento para a fase de conhecimento.</p> <p>§ 10. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.</p> <p>§ 11. O advogado pode requerer que o pagamento dos honorários que lhe cabem seja efetuado em favor da sociedade de advogados que integra na qualidade de sócio, aplicando-se também a essa hipótese o disposto no § 10.</p>

Cinco aspectos são fulcrais quanto a este tema: os honorários contra a Fazenda Pública, a compensação de honorários, o caráter alimentar dos honorários advocatícios, a possibilidade de que os honorários sejam pagos diretamente à sociedade de advogados e a fixação do limite dos honorários sucumbenciais em 25%, em grau de recurso. A seguir, cada um deles será abordado, em breve síntese.

1.1. Honorários contra a Fazenda Pública

No que tange aos honorários contra a Fazenda Pública, como se depreende da norma vigente, em regra os honorários sucumbenciais devem ser fixados entre 10% e 20% do valor da causa, orientando-se o magistrado, dentro desse intervalo, pelos aspectos elencados nas alíneas do § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil, a saber, “o grau de zelo do profissional”, “o lugar de prestação do serviço” e “a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço”. Inobstante, em relação aos honorários contra a Fazenda Pública, há que se observar o tratamento excepcional conferido pelo § 4º do mesmo artigo 20, que permite ao julgador arbitrar valor dissonante da faixa compreendida entre dez e vinte por cento do valor da causa.

Ocorre que essa parametrização específica à Fazenda Pública carece de mínima razoabilidade, até porque não se vislumbra uma razão sequer para que se discrimine, por ser pública ou privada, a parte sucumbente. Nesse sentido, a norma atual fere frontalmente o princípio da isonomia, inculcado reiteradamente no artigo 5º da Carta Magna. Ademais, a redação atual do dispositivo legal permite a ocorrência não rara de atrito entre a classe dos advogados e a magistratura, em face de decisões judiciais que delimitam irrisoriamente os honorários devidos ao advogado, contribuindo para o fenômeno da judicialização.

Acerca da redação do § 4º do art. 20 do CPC, aliás, manifestou-se a Ministra do

Superior Tribunal de Justiça Eliana Calmon (2004, p. 2) nos seguintes termos:

“Entende-se que há no dispositivo tratamento diferenciado e discriminatório, quando vencida for a Fazenda Pública, o que se constitui em mais um privilégio inaceitável. Na medida em que encaminha o processo para estabelecer tratamento igualitário entre as partes, a norma processual soa em dissonância com o propósito perseguido”.

Segundo o atual texto da proposição legislativa em comento, os honorários contra a Fazenda Pública poderiam variar entre um e vinte por cento, conforme o valor emandado (§ 3º, artigo 87). Assim, mesmo que, por um lado, haja a tentativa de minimizar a possibilidade de que se arbitrem honorários irrisórios, por outro, quando as causas têm altos valores, há o tolhimento dos honorários, limitando-os a 3%, com possibilidade de que alcancem apenas 1%. Desse modo, é indiscutível que redação proposta não atinge a plenitude do bom direito, já que se mantém a distinção entre honorários devidos pela Fazenda Pública e pelos demais jurisdicionados, permitindo que se permeie o vício da inconstitucionalidade.

Portanto, o que se propõe é a unificação dos limites de fixação dos honorários sucumbenciais entre 10% e 20% do valor da causa, permitindo ao juízo competente, somente dentro desse intervalo, a determinação do patamar devido ao advogado*.

1.2. Compensação de honorários

Em relação à compensação de honorários, vê-se que o § 10 do artigo 87 do projeto põe termo a uma divergência jurisprudencial que perdura há tempos. Segundo o texto inovado, fica vedada a compensação de honorários que, fruto de mera confusão entre os conceitos de patrono e jurisdicionado, não raro injustiçava o advogado.

* Neste caso, restringe-se a discricionariedade do magistrado, balizado pelo percentual imposto pela lei, às disposições do § 2º do artigo 87 do projeto ora em análise.

1.3. *Caráter alimentar dos honorários*

Embora haja ampla jurisprudência quanto ao assunto, ainda há quem questione a natureza alimentar dos honorários advocatícios. A redação proposta na segunda parte do § 10, artigo 87, põe fim à discussão ao reconhecer os honorários como de caráter alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação trabalhista.

Destaca-se que não se trata de uma novidade jurídica, mas firma o entendimento na mesma linha do irreparável voto da Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi, retratado na seguinte ementa:

“Processual Civil. Recurso Especial. Ação de execução. Prequestionamento. Ausência. Súmula 282/STF. Concurso de credores. Honorários advocatícios. Natureza alimentar. Equiparação dos honorários advocatícios com os créditos trabalhistas para fins de habilitação em concurso de credores. Possibilidade. – Cinge-se a lide em determinar se os honorários advocatícios possuem natureza alimentar e se, em concurso de credores, podem ser equiparados a créditos trabalhistas. – *Os honorários advocatícios, contratuais e de sucumbência, têm natureza alimentar. Precedente da Corte Especial. – Assim como o salário está para o empregado e os honorários estão para os advogados, o art. 24 do EOAB deve ser interpretado de acordo com o princípio da igualdade. Vale dizer: os honorários advocatícios constituem crédito privilegiado, que deve ser interpretado em harmonia com a sua natureza trabalhista-alimentar. – Sendo*

alimentar a natureza dos honorários, estes devem ser equiparados aos créditos trabalhistas, para fins de habilitação em concurso de credores. Recurso especial provido.” (REsp 988.126/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/04/2010, DJe 06/05/2010) Grifos nossos.

1.4. *Pagamento de honorários diretamente à sociedade de advogados*

No que concerne ao pagamento de honorários diretamente à sociedade de advogados, cabe ressaltar que esta é mais uma importante vitória da advocacia brasileira, eis que ao receber os seus créditos a partir da pessoa jurídica de que faz parte, evita os problemas fiscais ocasionados meramente por conta da obrigatoriedade de que os honorários sejam a ele repassados, enquanto pessoa física.

1.5. *Limite de honorários advocatícios em 25%, em fase recursal*

Conforme a redação do § 7º, artigo 87, do projeto em comento, a instância recursal fixará honorários advocatícios com a limitação em 25%, passando a ser reconhecido o trabalho do advogado durante a fase recursal. Hodiernamente, não se reconhece o trabalho do advogado no âmbito recursal, embora muitas vezes esta se torna a fase processual mais longa, além de requerer maior esforço por parte da advocacia.

A disposição em comento vem, portanto, fazer justiça ao advogado, além de, tangencialmente, ajudar a inibir recursos meramente protelatórios.

2. *Prazos processuais*

Código de Processo Civil – Lei n. 5.869/1973	Projeto do novo CPC
Art. 178. O prazo, estabelecido pela lei ou pelo juiz, é contínuo, não se interrompendo nos feriados. Art. 506. O prazo para a interposição do recurso, aplicável em todos os casos o disposto no art. 184 e seus parágrafos, contar-se-á da data: II – da intimação às partes, quando a sentença não for proferida em audiência;	Art. 186. Na contagem de prazo em dias, estabelecido pela lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os úteis. § 1º Não se consideram intempestivos atos praticados antes da ocorrência do termo inicial do prazo. § 2º Não se aplica o benefício da contagem em dobro, quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para a Fazenda Pública, o Ministério Público ou a Defensoria Pública.

<p>Art. 496. São cabíveis os seguintes recursos: I - apelação; II - agravo; III - embargos infringentes; IV - embargos de declaração; V - recurso ordinário; VI - recurso especial; VII - recurso extraordinário; VIII - embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário. Art. 508. Na apelação, nos embargos infringentes, no recurso ordinário, no recurso especial, no recurso extraordinário e nos embargos de divergência, o prazo para interpor e para responder é de 15 (quinze) dias. Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias... Art. 532. Da decisão que não admitir os embargos caberá agravo, em 5 (cinco) dias...</p>	<p>Art. 948. São cabíveis os seguintes recursos: I - apelação; II - agravo de instrumento; III - agravo interno; IV - embargos de declaração; V - recurso ordinário; VI - recurso especial; VII - recurso extraordinário; VIII - agravo de admissão; IX - embargos de divergência. § 1º Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor e para responder os recursos é de quinze dias. § 2º No ato de interposição de recurso ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, o recorrente deverá comprovar a ocorrência de feriado local. Art. 969. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:</p>
	<p>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.</p>
	<p>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.</p>

De acordo com a norma vigente, os prazos serão contados de forma contínua, sem interrupção nos feriados e dias não úteis, conforme redação do art. 178 do Diploma Processual Civil.

A nova sistemática proposta é aspecto bastante positivo no sentido de guarnecer o advogado de tempo hábil para uma produção mais acurada de suas peças processuais, além de garantir ao profissional – sobretudo nos períodos de feriado prolongado, mas também nos finais de semana – o necessário descanso que já é assegurado aos demais operadores do Direito e aos trabalhadores em geral. Trata-se, pois, de medida de justiça para com os advogados, consoante preleciona a própria Constituição Federal, em especial no artigo 7º, ao dispor sobre os direitos sociais.

De outro lado, é importante salientar que o equilíbrio do processo se dá pela paridade de armas, ou seja, pela igualdade entre as partes litigantes. Ora, o autor tem prazo razoável – e na maioria das vezes não peremptório – para confeccionar a peça inicial enquanto que o Réu só tem 15 dias para conhecer os fatos, carrear a documentação e provas necessárias de forma a construir a sua defesa, o que representa um descompasso em relação ao Autor e ao próprio Juiz, que, embora tenha prazo para decidir, não recebe qualquer pressão acaso não decida no prazo assinalado. Se é assim, nada mais razoável do que esse prazo seja contado em dias úteis para que se alcance esse equilíbrio.

Diga-se de passagem, que não prospera o argumento de que o novo formato contribuirá em desfavor da celeridade processual,

afinal, definitivamente não é esta a razão da morosidade da justiça e, absolutamente, não se pode atribuir ao advogado e seus prazos a demora no andamento dos processos. Aliás, o advogado é o único ator processual que cumpre devidamente os seus prazos – uma vez que sobre os quais pode operar a preclusão – e, se um trâmite razoável fosse também conferido pelos demais atores, com certeza não se estaria a falar, em nosso país, de morosidade do Poder Judiciário.

Para além desse aspecto, a nova redação vem eliminar distorções que permitiam o

prejuízo do direito material perante formalidades processuais. Eis que pela nova redação, em defesa da celeridade processual, reconhece-se como tempestiva a prática de atos praticados mesmo antes da ocorrência do termo inicial, afastando-se a hipótese de extemporaneidade.

Noutro viés, finalmente é de se ressaltar que a unificação dos prazos para a interposição de recurso, conforme regra do art. 907, parágrafo único, torna o Direito Processual Civil mais claro e menos complexo, o que também se mostra como uma positiva inovação.

3. Férias dos advogados

Legislação pertinente	Projeto do novo CPC
<p><i>Código de Processo Civil – Lei n. 5.869/1973</i> Art. 179. A superveniência de férias suspenderá o curso do prazo; o que lhe sobejar recomeçará a correr do primeiro dia útil seguinte ao termo das férias.</p>	<p>Art. 187. Suspende-se o curso do prazo processual nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive. § 1º Ressalvadas as férias individuais e os feriados instituídos por lei, os juízes, os membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e os auxiliares da Justiça exercerão suas atribuições durante o período a que se refere ao <i>caput</i>.</p>
<p><i>Lei 5.010/1966</i> Art. 62. Além dos fixados em lei, serão feriados na Justiça Federal, inclusive nos Tribunais Superiores: I – os dias compreendidos entre 20 de dezembro e 6 de janeiro, inclusive;</p>	<p>§ 2º Durante o prazo a que se refere o <i>caput</i>, não serão realizadas audiências ou julgamentos por órgão colegiado.</p>

Tema muito em voga é o fato de que o advogado, na qualidade de profissional autônomo, jamais tira férias. Ocorre que o atual ordenamento processual pátrio prevê o funcionamento do Judiciário durante todo o ano, ininterruptamente, excetuando-se apenas a Justiça Federal e Tribunais Superiores no minguido período de 20 de dezembro a 6 de janeiro, conforme prevê a Lei n. 5.010/1966.

O projeto do novo Código de Processo Civil, por outro lado, prevê a suspensão dos prazos processuais no período compreendido entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, conforme se lê em seu art. 175: “Suspende-se o curso do prazo processual nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive”.

A medida atende os anseios de há muito da advocacia brasileira, oportunizando que

os advogados suspendam seus serviços nesse período, com vistas ao salutar descanso, de grande importância para manutenção da qualidade de vida.

Acresça-se a isso o fato de que, durante esse período, o Judiciário continuará funcionando, com os Juízes e servidores trabalhando normalmente no sentido de atualizar os processos sem a natural pressão de novas ações, o que representa grande contribuição para a efetivação do princípio da razoável duração do processo e sem quaisquer prejuízos aos jurisdicionados.

4. Intimação em nome da sociedade de advogados

A publicação das intimações em nome das sociedades de advogados tem especial valor à advocacia. Isso porque a rotativi-

Código de Processo Civil – Lei n. 5.869/1973	Projeto do novo CPC
Art. 236. No Distrito Federal e nas Capitais dos Estados e dos Territórios, consideram-se feitas as intimações pela só publicação dos atos no órgão oficial.	Art. 244. Consideram-se feitas as intimações pela publicação dos atos no órgão oficial. § 1º Os advogados poderão requerer que, na intimação a eles dirigida, figure apenas o nome da sociedade a que pertencem, desde que devidamente registrada na Ordem dos Advogados do Brasil.
§ 1º É indispensável, sob pena de nulidade, que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados, suficientes para sua identificação.	§ 2º É indispensável, sob pena de nulidade, que da publicação constem os nomes das partes, de seus advogados, com o respectivo número da inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, ou, se assim requerido, da sociedade de advogados.

dade dos advogados entre escritórios é comum e, considerando o período de tempo que um processo leva para chegar a termo, a publicação exclusivamente em nome do próprio advogado acaba por tornar-se um dificultador na gestão das publicações. Na prática hodierna, quando um advogado deixa determinada sociedade, o seu antigo escritório deve continuar a acompanhar as publicações em nome de tal advogado por meses e, não raro, por anos.

Nesse passo, a possibilidade de que as publicações se deem em nome também da sociedade permite um melhor controle das

publicações, contribuindo indiretamente para a segurança e garantia do direito do jurisdicionado.

É de se ressaltar, contudo, que se faz importante uma tênue modificação no texto proposto no projeto – mas que será de grande relevância para os advogados – no sentido de se manter a obrigatoriedade da publicação em nome do advogado, independentemente de constar, também, o nome da sociedade. Eis que, da forma que atualmente se propõe o artigo, a publicação em nome do próprio advogado ou da sociedade a que pertence é alternativa, enquanto deveria ser cumulativa.

5. Intimação pelo próprio advogado

Código de Processo Civil – Lei n. 5.869/1973	Projeto do novo CPC
Art. 234. Intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa.	Art. 241. Intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e dos termos do processo.
	§ 1º É facultado aos advogados promover a intimação do advogado da outra parte por meio do correio, juntando aos autos, a seguir, cópia do ofício de intimação e do aviso de recebimento. § 2º O ofício de intimação deverá se instruído com cópia do despacho, da decisão ou da sentença.

Conforme se pode extrair da redação conferida pelo projeto, passar-se-á a facultar ao advogado promover a intimação do patrono da parte *ex adversa*, mediante ofício de intimação, com aviso de recebimento. A medida visa maior celeridade processual e, mais do que uma faculdade ao patrono da causa, passa a ser importante direito do jurisdicionado.

6. Sustentação oral em agravo de instrumento com tutela de urgência

O projeto do novo CPC, em seu art. 857, § 1º, prevê a possibilidade de sustentação oral nos casos com tutela de urgência. Nesse particular, sob o atual regramento, não há hipótese de sustentação oral em sede de agravo de instrumento. Trata-se

Código de Processo Civil - Lei n. 5.869/1973	Projeto do novo CPC
Art. 554. Na sessão de julgamento, depois de feita a exposição da causa pelo relator, o presidente, se o recurso não for de embargos declaratórios ou de agravo de instrumento, dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente e ao recorrido, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos para cada um, a fim de sustentarem as razões do recurso.	Art. 892. Na sessão de julgamento, depois da exposição da causa pelo do relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente e ao recorrido, pelo prazo improrrogável de quinze minutos para cada um, a fim de sustentarem as razões nas seguintes hipóteses: I - no recurso de apelação; II - no recurso especial; III - no recurso extraordinário;
Art. 565. Desejando proferir sustentação oral, poderão os advogados requerer que na sessão imediata seja o feito julgado em primeiro lugar, sem prejuízo das preferências legais. Parágrafo único. Se tiverem subscrito o requerimento os advogados de todos os interessados, a preferência será concedida para a própria sessão.	IV - no agravo interno originário de recurso de apelação ou recurso especial ou recurso extraordinário; V - no agravo de instrumento interposto de decisões interlocutórias que versem sobre tutelas de urgência ou da evidência; VI - nos embargos de divergência; VII - no recurso ordinário; VIII - na ação rescisória.
	§ 1º A sustentação oral no incidente de resolução de demandas repetitivas observará o disposto no art. 993. § 2º Os procuradores que desejarem proferir sustentação oral poderão requerer, até o início da sessão, que seja o feito julgado em primeiro lugar, sem prejuízo das preferências legais.

a situação atual, pois, de medida que, de certa forma, tolhe o exercício da defesa por sua principal vertente, qual seja, a oralidade.

Nesse passo, havendo decisão interlocutória que verse sobre o mérito da demanda, o projeto assegura a possibilidade de o advogado sustentar oralmente as razões do agravo, conferindo mais força e participação ao advogado no deslinde das questões incidentes e de urgência.

Conclusão

Da análise acurada do projeto do novo Código de Processo Civil, depreende-se o esforço na busca de Justiça mais efetiva. De fato, esse é o anseio da sociedade brasileira e, principalmente, dos advogados, que são reconhecidos instrumentos para a materialização da Justiça.

Não é demais lembrar que a Constituição Federal, por meio do art. 133, contempla a advocacia como uma identidade de caráter público, ao reconhecer que o

advogado é indispensável à administração da justiça, cabendo-lhe o papel regulador do justo e virtuoso equilíbrio na prestação jurisdicional.

Na medida, pois, em que o novo Código de Processo Civil garante a observância às prerrogativas profissionais dos advogados, confere credibilidade à efetivação do direito de defesa, cujo princípio deve ser observado da forma mais ampla possível, sem temor e com segurança de que atos por eles praticados, no exercício profissional, não podem, nem devem sofrer nenhum tipo de cerceamento.

Referência

CALMON, Eliana. *Honorários de Advogado e as Execuções contra a Fazenda*. Brasília: STJ, 2004. p. 2. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/223/Honor%C3%A1rios_Advogado_Execu%C3%A7%C3%B5es%20.pdf?sequence=4>. Acesso em: 14 abr. 2011.

A nova recorribilidade extraordinária

Considerações sobre o prequestionamento e o cabimento dos recursos extraordinário e especial no novo CPC

Osmar Mendes Paixão Côrtes

Sumário

1. Delimitação do tema. 2. O prequestionamento expressamente previsto na legislação. 3. A dupla recorribilidade – fim dos problemas? 4. Os recursos repetitivos. 5. Dos defeitos formais. 6. Perspectivas.

1. Delimitação do tema

Serão examinadas as novas regras relativas ao recurso extraordinário e ao recurso especial no Projeto do novo Código de Processo Civil.

Ambos os recursos têm importância e justificativa históricas, ligadas à própria origem da Federação e das Cortes Superiores. Tanto é assim que ganharam lugar de destaque no Projeto, que se preocupou, também, em resolver problemas operacionais relacionados à dupla recorribilidade e em aperfeiçoar as disposições sobre o rito dos recursos repetitivos.

Também, pela primeira vez, a legislação expressamente contemplará o requisito do prequestionamento, adotando a linha jurisprudencial dos Tribunais Superiores.

Dessas questões cuidará o presente estudo.

2. O prequestionamento expressamente previsto na legislação

O prequestionamento tem justificativa histórica. Desde o século XIII, no Direito

Osmar Mendes Paixão Côrtes é Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UnB. Membro do IBDP e do Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Advogado.

Inglês, tem sido exigido e trabalhado – exigia-se que a matéria a ser objeto de impugnação constasse dos *records* do julgamento do órgão hierarquicamente inferior.

Sabe-se que o prequestionamento nada mais é do que a necessidade de que a decisão recorrida tenha tratado da questão a ser devolvida pelo recurso. E nada mais lógico do que a exigência de que a matéria a ser devolvida no recurso tenha sido prequestionada.

Isso porque, para se verificar o cabimento do recurso, previsto na Constituição da República no caso do extraordinário e do especial, essencial que a matéria tenha sido debatida pela decisão recorrida. Não se pode verificar se houve divergência ou ofensa à legislação, por exemplo, se o acórdão atacado pela via extraordinária não tiver minimamente desenvolvido o tema posto no recurso, a ser devolvido à apreciação das instâncias superiores.

O prequestionamento, assim, não é um requisito à parte, mas uma decorrência do cabimento do recurso.

Mas as dúvidas não residem na definição do que é prequestionamento, mas na sua configuração. E as Cortes ainda têm jurisprudência em mais de um sentido.

Posição mais radical, para não dizer antiquada, exigia a referência ao número da norma apontada como violada.

Posição intermediária, chamada por alguns de prequestionamento implícito, exige apenas que a matéria tenha sido tratada na decisão recorrida, independentemente da referência numérica ao dispositivo legal. Essa, a posição mais acolhida hoje, e a mais razoável, no nosso entender.

Posição mais de vanguarda reconhece como prequestionada a matéria pela simples oposição de embargos declaratórios. Nascida no Supremo Tribunal Federal no final da década de 90, essa posição tem ganhado força.

Tanto é assim que o Projeto a contempla expressamente, no artigo 979, segundo o qual “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.”

Algumas ponderações merecem, todavia, ser feitas, destacando-se o cuidado com aplicação da nova regra.

Essa posição, agora contemplada, surgiu de uma interpretação *a contrario sensu* da Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual o ponto sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios não pode ser tido por prequestionado.

A intenção da súmula era a de explicitar que os embargos declaratórios são a via própria para prequestionar matérias a serem devolvidas nos recursos extraordinários. Mas é importante anotar que eles servem para esse propósito na medida em que servem para sanar omissões e forçar a decisão recorrida a apreciar questões sobre as quais ela deveria já ter se manifestado expressamente.

Os embargos “prequestionadores” não são uma nova hipótese de embargos. Repita-se que eles servem para prequestionar na medida em que obrigam a decisão a ser objeto do recurso de natureza extraordinária a se manifestar sobre questão relevante que já deveria ter sido expressamente analisada mas não foi. E só com a apreciação dessa questão relevante é que se poderá bem demonstrar o cabimento do recurso extraordinário ou do especial.

A intenção original da Súmula 356 não foi a de afirmar que a simples oposição de embargos declaratórios satisfaz a exigência do prequestionamento. Mas a sua interpretação *a contrario sensu* levou a essa tese, agora contemplada no Projeto do novo Código de Processo Civil – se a questão que não foi objeto de embargos declaratórios não pode ser dada por prequestionada, logo, a questão que foi objeto pode ser dada por prequestionada.

Mas é importante que se anote que não são quaisquer embargos opostos que

servem para satisfazer o requisito do prequestionamento.

Se os embargos forem conhecidos e respondidos, obviamente a matéria estará prequestionada. Se não forem, todavia, deve-se, em primeiro lugar, ver se a matéria era de ordem fática ou jurídica. Se fática, não respondidos os embargos, a matéria não pode ser dada por prequestionada, sob pena de se consentir com a conclusão de que a matéria colocada nos embargos pela parte recorrente corresponde ao que deveria estar no acórdão.

Se apenas jurídica a questão objeto dos embargos declaratórios (por exemplo, se a intenção da parte for provocar a manifestação mais completa do Tribunal sobre tese ou dispositivo legal já referido na decisão), a simples oposição dos embargos pode servir para prequestionar a matéria.

Note-se que o artigo 979 contempla a posição de vanguarda de que a simples oposição basta para prequestionar, mas específica, de forma correta, que o Tribunal Superior deve considerar existentes omissão, contradição ou obscuridade. Ou seja, o Tribunal Superior, ao julgar o recurso de natureza extraordinária, deve notar que a matéria objeto dos embargos, não devidamente respondidos, deveria integrar o acórdão recorrido – e a essa conclusão o Tribunal só poderá chegar se a matéria objeto dos embargos for jurídica. Se fática, não, sob pena de adentrar o reexame de fatos e provas – o que é vedado.

Portanto, não é qualquer matéria objeto dos embargos de declaração que poderá ser dada por prequestionada. Ao contrário, dar-se-á por prequestionada a matéria objeto dos embargos se, cumulativamente: (i) os embargos forem conhecidos, (ii) a matéria for jurídica (não fático-probatória) e (iii) o Tribunal Superior considerar que o vício da decisão embargada (omissão, obscuridade ou contradição) de fato existiu.

Essa, a leitura ideal, que não abre margem para que os Tribunais Superiores presumam que a matéria fática constante

nos declaratórios é verdadeira ou adentrem o reexame de fatos e provas, o que vai de encontro com a própria e tradicional função das Cortes Superiores – guardiãs da Federação, da Constituição e da legislação infraconstitucional.

O artigo 979, assim, evita a declaração desnecessária de nulidades para resposta aos embargos. Se o Tribunal Superior já tiver elementos suficientes para julgar a causa, dando por prequestionada a matéria (até por celeridade – valor constitucionalmente garantido no artigo 5º da Constituição Federal), dispensado fica o acolhimento de preliminares de nulidades por ausência de resposta devida a embargos declaratórios.

3. A dupla recorribilidade – fim dos problemas?

Desde a criação do Superior Tribunal de Justiça, com a Constituição de 1988, e da divisão de competências com o Supremo Tribunal Federal (um ficando com a responsabilidade pela integridade da legislação infraconstitucional e o outro da constitucional), surgiram problemas fruto da quebra do princípio da unicidade recursal, com a interposição simultânea do recurso especial e do recurso extraordinário.

Sabe-se que a essa interposição simultânea deve ocorrer sempre que o acórdão recorrido tiver duplo fundamento – infraconstitucional e constitucional. Pela legislação em vigor, julga-se antes o recurso especial, por regra (a não ser que a matéria constitucional seja prejudicial), e, se não perder o objeto, o Supremo Tribunal Federal julgará o recurso extraordinário.

Mas a prática mostra que a questão não é tão simples, surgindo entraves jurisprudenciais que dificultam a operacionalização da dupla interposição.

Como exemplo, pode-se referir a rigidez na aplicação da Súmula 126, do Superior Tribunal de Justiça, que tem levado à interposição de recursos extraordinários mesmo nos casos de violações indiretas

à Constituição Federal (em situações nas quais, por regra, seria incabível o recurso extraordinário), e a interposição de recurso extraordinário contra as decisões tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça.

Outra situação é a necessária obrigação de agravar de decisões denegatórias de seguimento a recurso extraordinário, ainda que a parte se convença que não existia matéria constitucional a ser impugnada, após a leitura das razões do indeferimento de processamento do recurso.

E, por fim, uma última situação problemática é a quase sempre conclusão, pelo Supremo Tribunal Federal, de que o recurso extraordinário está prejudicado, após o julgamento do recurso especial. Isso porque, se o STJ conhece e dá provimento ao recurso especial, não há mais razão para julgar o recurso extraordinário (pois a decisão recorrida foi alterada e não existe mais da forma como impugnada). Ocorre que, muitas vezes, o STF considera prejudicado também o recurso extraordinário se o STJ não conhecer ou desprover o recurso especial.

Não pode haver, todavia, essa generalização. O extraordinário só fica prejudicado se o recurso especial não for conhecido ou for desprovido e a matéria constitucional impugnada for a mesma da infraconstitucional – se os fundamentos infra e constitucional forem dependentes. Se forem independentes, não se torna o recurso extraordinário prejudicado pelo simples julgamento do especial.

O Projeto parece estar atento aos problemas da dupla interposição, principalmente no contexto atual dos recursos repetitivos.

Pelos artigos 986 e seguintes do Projeto do novo Código de Processo Civil, a sistemática passa a ser a seguinte, no caso de interposição simultânea de recurso extraordinário e de recurso especial:

(i) Os autos devem ser, por regra, remetidos ao Superior Tribunal de Justiça que, se entender que a matéria do recurso especial é constitucional, em vez de indeferir o

recurso, concederá prazo para que sejam deduzidas razões que revelem a existência de repercussão geral e enviará os autos para o Supremo Tribunal Federal.

(ii) Se o Supremo Tribunal Federal, da mesma forma, entender que a matéria submetida à sua apreciação pelo recurso extraordinário for infraconstitucional, remeterá os autos ao Superior Tribunal de Justiça, em vez de indeferir o recurso.

(iii) Só haverá o julgamento em primeiro lugar do recurso extraordinário, na linha da previsão atual, se a matéria constitucional for considerada prejudicial pelo Superior Tribunal de Justiça.

(iv) Só será o recurso extraordinário julgado se não ficar prejudicado após o julgamento do recurso especial.

(v) Se os recursos forem decididos com base em uma das causas de pedir ou em um dos fundamentos de defesa, o Tribunal que apreciar o recurso em segundo lugar, apreciará todas as demais causas de pedir ou fundamentos ainda não julgados, independentemente da interposição de novo recurso da decisão do Tribunal Superior que já julgou o recurso.

(vi) Se o STJ ou o STF entender que algum fundamento ou causa de pedir da defesa depender do exame de prova já produzida, remeterá, de ofício, os autos ao tribunal de origem ou para o primeiro grau (no caso de ser necessária a própria produção de provas).

A intenção do Projeto é boa, pois desburocratiza a operacionalização da dupla interposição, na medida em que autoriza o Superior Tribunal de Justiça a receber o recurso especial como extraordinário e enviar os autos para o Supremo Tribunal Federal, e vice-versa.

Só uma advertência merece ser feita, no que toca à possibilidade de reconhecimento de ofício pelo STJ ou pelo STF de necessidade de retorno dos autos para novo julgamento pelos tribunais inferiores.

Não se pode admitir esse acolhimento se a matéria sequer não tiver sido ventilada na

decisão impugnada ou abordada nas razões recursais. O “de ofício” não pode se referir ao acolhimento sem que nada tenha sido prequestionado ou referido nos recursos.

A intenção da futura legislação é a de evitar a não apreciação de recursos por questões formais de um eventual artigo não ter sido apontado, relativo, por exemplo, a uma nulidade mal arguida. É a hipótese de uma questão de ordem pública que não tiver sido corretamente abordada nas razões recursais (mas tiver sido prequestionada) – o Tribunal poderá reconhecer o vício e determinar o retorno dos autos.

Mas o Tribunal não poderá, por exemplo, de ofício e sem que a matéria tenha sido prequestionada, reexaminar todas as provas produzidas e decidir, sempre, pela necessidade de nova produção de prova ou de anulação de julgados.

Entender dessa forma significaria “ordinarizar” a jurisdição extraordinária, que é diferente, tem função distinta e específica – relacionada à inteireza da legislação federal e à unidade da Federação.

Em síntese, o que busca o Projeto é positivo, pois foi especificado mais o trâmite dos recursos especial e extraordinário simultaneamente interpostos e, principalmente, foi autorizada a remessa dos autos do STJ para o STF, e vice-versa, se reconhecido que a questão é constitucional ou infraconstitucional.

Ou seja, as partes não correrão mais tantos riscos, e a jurisdição extraordinária ficará mais valorizada.

4. Os recursos repetitivos

A tendência atual tem sido a de racionalizar o funcionamento dos Tribunais Superiores. O STJ e o STF não podem mais ser tribunais “de varejo” que julgam centenas de causas diariamente, as mais diversas e, no mais das vezes, que não se justificam, pela relevância da matéria.

Nessa linha é que a legislação e a jurisprudência vêm tentando mudar o foco da

atuação das Cortes Superiores. A intenção é a de estimular cada vez mais que os Tribunais julguem menos processos e de forma mais centrada na definição de teses – apreciam e pacificam determinada questão e, em seguida, preocupam-se mais em impor a observância às diretrizes fixadas (o aumento do cabimento da reclamação para observância da jurisprudência pacificada e para que se adotem as razões de decidir de precedentes das Cortes Superiores é exemplo claro).

O rito dos recursos repetitivos é exemplo de novidade legislativa que contribui para essa “purificação” do papel dos Tribunais Superiores.

Por isso, o Projeto preocupou-se, também, em incorporar regras relativas aos recursos repetitivos.

As previsões incorporadas estavam, principalmente, no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, já que a legislação atual sobre o assunto não é exaustiva.

Assim, o Projeto atualizará a legislação e, em síntese, o procedimento passa a ser o seguinte:

(i) Tanto o relator no Tribunal Superior, quanto o Presidente do Tribunal de origem, quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, selecionará um representativo.

(ii) Ao Tribunal Superior caberá ordenar a suspensão de todos os recursos em trâmite no país.

(iii) A decisão de afetação ao rito repetitivo deve especificar qual a matéria será julgada.

(iv) Poderão ser requisitadas informações aos tribunais inferiores e deferido o ingresso de interessados nos autos.

(v) O Ministério Público será ouvido.

(vi) Após a decisão do caso paradigma, os recursos sobrestados ou serão indeferidos ou serão reapreciados pelo tribunal de origem (hipótese de novo julgamento), para que seja observada a diretriz traçada pela Corte Superior

(vii) Se o tribunal de origem não seguir a orientação do STJ ou do STF, o recurso deve ser processado.

Merecem destaque, todavia, as seguintes disposições do Projeto, por inovadoras:

(i) Se processo cuja matéria estiver afetada ao rito repetitivo no STJ ou no STF estiver tramitando em primeiro grau de jurisdição, ficará suspenso por até doze meses (hoje, apenas os recursos já interpostos ficam sobrestados).

(ii) Há expressa previsão para que, após a definição da questão repetitiva, o Tribunal julgue as outras matérias constantes do recurso (artigo 994, parágrafo segundo), o que põe fim à polêmica atual de saber se as outras questões devem ou não esperar a definição da repetitiva.

(iii) Com o intuito de estimular o respeito à jurisprudência dos Tribunais Superiores, fixada no julgamento de recurso repetitivo, o Projeto (artigo 995) autoriza a desistência de ação, antes de oferecida a contestação, sem o necessário pagamento de custas e honorários sucumbenciais.

(iv) Com o mesmo propósito, o artigo 995 também impõe a observância da tese firmada em recurso repetitivo aos juízes de primeiro grau, quando suspensos os processos (ainda sem sentença) na época da definição do caso paradigma.

As alterações são relevantes. A uma, por atualizar a legislação. A duas, por especificar mais questões relacionadas ao rito repetitivo e por, também, mostrar a preocupação legislativa com o respeito às decisões dos Tribunais Superiores.

5. Dos defeitos formais

Por fim, merece referência interessante dispositivo (parágrafo segundo do artigo 983), segundo o qual, “quando o recurso tempestivo contiver defeito formal que não se repute grave, o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal poderão desconsiderar o vício, ou mandar saná-lo, julgando o mérito”.

A intenção do Projeto parece ser a de tirar o excesso de formalismo notado muitas vezes quando se trata de recorribilidade extraordinária.

Isso porque, se o recurso for tempestivo, ainda que ele contenha algum defeito formal não grave, o Tribunal Superior poderá desconsiderar o vício ou mandar saná-lo. Tudo com a intenção de possibilitar o julgamento do mérito.

Algumas formalidades são necessárias, além da tempestividade. Por exemplo, o cabimento deve estar corretamente demonstrado, o recurso deve ser assinado por quem habilitado nos autos, etc. São os tradicionais requisitos extrínsecos e intrínsecos que devem sempre ser demonstrados.

O vício que passará a ser sanável, assim, chamado de não grave, parece ser aquele realmente formal, ou puramente formal, como um eventual erro material de digitação de um dispositivo, ou um erro de transcrição, ou a falta de uma cópia de algum paradigma referido, etc..

Iria de encontro com um mínimo rigor que deve existir nas Cortes Superiores entendimento que flexibilizasse completamente os requisitos extrínsecos e intrínsecos e autorizasse que qualquer falha pudesse ser corrigida. Daí parece a preocupação do Projeto em falar em defeito que não se repute grave.

6. Perspectivas

As alterações legislativas aqui comentadas a serem implementadas com a aprovação do Projeto do novo Código de Processo Civil são positivas.

Houve uma preocupação maior do que a da atual legislação de tratar de assuntos relativos ao procedimento dos recursos de natureza extraordinária, o que é positivo.

Ao prever expressamente o requisito do prequestionamento (de uma forma mais flexível), ao tratar da dupla recorribilidade de forma mais detida, ao especificar mais o rito dos recursos repetitivos e ao demons-

trar uma preocupação com o formalismo excessivo, o Projeto fortalece o papel dos Tribunais Superiores, que devem ter suas funções cada vez mais centradas na manutenção da unidade da Federação e no respeito à legislação federal.

Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de JANUS

Paula Costa e Silva

Sumário

I. A razão da escolha do tema. II. Legalidade e gestão no sistema processual civil português. 1. Os (alegados) antecedentes da gestão processual. 2. O art. 265-A do CPC.pt e o princípio da adequação processual. 3. O Regime Processual Experimental. 4. A gestão processual na potencial reforma do processo declarativo português. III. A gestão processual e o princípio da igualdade. IV. A gestão processual no Projecto de Código de Processo Civil brasileiro.

I. A razão da escolha do tema

1. Um dos temas na ordem do dia, essencialmente nos espaços enformados pelo princípio da legalidade das formas de processo, é o da eventual mutação de paradigma na construção dos ritos processuais. Estes, ao invés de rigidamente predeterminados pelo legislador, deveriam ser construídos pelo decisor quando lhe é submetida uma pretensão concreta para decisão. Para além de decidir a causa, caber-lhe-ia determinar o *iter* mais adequado a uma célere e justa composição do litígio.

A nova solução surge acoplada a uma quase diabolização dos ritos comuns previstos pelos Códigos do século XX. Estes seriam os protagonistas da delonga no julgamento das causas, provocando uma erosão do direito de acção e, acima de tudo, das posições materiais para as quais é demandada tutela.

Paula Costa e Silva é Professora Catedrática em Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Portugal não escapou a esta tendência. Há pelo menos 15 anos que tem vigência um regime que permite ao juiz adaptar a tramitação processual pré-ordenada pelo legislador para o julgamento da causa. Chega, agora, a vez de, no projecto de Código de Processo Civil brasileiro, se tomar posição sobre este índice de caracterização dos sistemas processuais.

No que concerne à amplitude com que foi consagrado o princípio da gestão processual, há uma divergência significativa entre a solução proposta pela Comissão encarregue de apresentar um projecto de Código de Processo Civil e a solução que veio a ser aprovada no Senado. Esta circunstância, aliada à similitude entre os sistemas processuais civis brasileiro e português e à experiência adquirida em Portugal, desde a entrada em vigor do art. 265-A CPC.pt, determinou-nos na escolha do objecto da presente intervenção.

II. *Legalidade e gestão no sistema processual civil português*

1. *Os (alegados) antecedentes da gestão processual*

2. Começaremos a nossa exposição relativa ao sistema processual civil português partindo de um passado próximo. Atendendo ao tema deste artigo e à data de entrada em vigor das regras que contemplaram o princípio da gestão processual, não se justificaria um recuo a tempos remotos.

Centremo-nos nas lições de Professor João de Castro Mendes (1986, n. 33, II A). Ali escrevia este Autor:

“O princípio da legalidade das formas processuais pode ser visto em dois domínios; quanto à estrutura e marcha geral do processo e quanto à forma de cada acto processual, em particular.

Quanto ao esquema da marcha do processo, (...) o nosso processo civil é (...) em regra um processo rígido – a marcha do processo é fixada na lei”.

Castro Mendes apoia-se no pensamento de Manuel de Andrade (1979, p. 386) que já anteriormente afirmava, nas Noções elementares de processo civil, que o princípio da legalidade das formas processuais “tem decisiva preponderância entre nós”.

As duas passagens transcritas deixam transparecer a existência de excepções à fixação rígida dos termos do processo por lei. No entanto, a conclusão central que delas decorre é a de que o processo civil português se sujeitava ao princípio da legalidade das formas processuais.

Esta conclusão, que não se estranhará atendendo à matriz evolutiva do nosso processo civil, não era inconsequente. Com efeito, sendo alterada a sequência de actos pré-ordenada pelo legislador, poderia surgir uma invalidade processual: assim sucedia sempre que se praticava um acto que a lei não previa ou quando se omitia um acto cuja prática a lei impunha e desde que a alteração da ordem processual tivesse influência decisiva na decisão da causa.

2. *O art. 265-A do CPC.pt e o princípio da adequação processual*

3. Em 1996 viria a acontecer, no plano legislativo, uma alteração de paradigma no sistema adjectivo português. Com efeito, entrava em vigor uma regra¹ que não só não tinha qualquer paralelo nos sistemas adjectivos do espaço de *civil law*, como para a qual não se encontra explicação aprofundada no preâmbulo dos diplomas que a consagraram². Referimo-nos ao art. 265-A CPCpr. Dispunha e dispõe, ainda hoje, esta regra:

“Artigo 265º-A – Princípio da adequação formal – Quando a tramitação processual prevista na lei não se

¹ A entrada em vigor do art. 265-A ocorre num contexto legislativo complexo, constando a sua consagração, numa versão originária, do Decreto-Lei nº 329-A/95, de 12 de Dezembro, e a alteração para a redacção que veio a entrar em vigor do Decreto-Lei nº 180/96, de 25 de Setembro.

² Assim, Pedro Madeira de Brito (1996, p. 31).

adequar às especificidades da causa, deve o juiz, oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações.”

Afirmava-se na doutrina que o art. 265-A teria um campo operativo por excelência, o da cumulação objectiva inicial quando aos pedidos correspondessem formas de processo distintas. Nestes casos e porque estivesse presente alguma das causas de conexão objectiva³, justificativa do julgamento e decisão conjunta de diferentes objectos processuais, competiria ao juiz escolher a tramitação que melhor se ajustasse à instrução e decisão de todos eles.

Apesar das suas potencialidades, não se conhecem casos de aplicação do art. 265-A, regra que, não obstante impor a audição prévia das partes, conferia já ao juiz o poder de gerir o processo. Esta circunstância nos levou a afirmar que, com a consagração do princípio da adequação processual, se operou uma revolução no papel: a prática judiciária nunca absorveu este princípio.

3. O Regime Processual Experimental

4. Possivelmente foi esta a razão para a entrada em vigor do Regime Processual Experimental, aprovado pelo Decreto-Lei n. 108/2006, de 8 de Junho.

Sobre este diploma nos pronunciámos em outro lugar. Concluímos, então, que, apesar da sua alegada novidade, o princípio que ele visava pôr em vigor – o princípio da gestão processual – tinha antecedentes bem longínquos no ordenamento jurídico português. Na verdade, compulsada a Ordem do

³De acordo com o art. 30/1 e 2 do CPC.pt, podem ser deduzidos por um ou por diversos autores contra um ou diversos réus vários pedidos discriminados quando entre estes pedidos exista uma relação de prejudicialidade ou de dependência, quando os pedidos tenham a mesma causa de pedir ou se fundem em factos substancialmente idênticos ou quando a decisão da causa dependa da interpretação e aplicação de regras jurídicas ou de cláusulas contratuais substancialmente análogas.

Juízo, de D. João III, lê-se que “*E ante de a [lei sobre a nova ordem do juízo] mandar goardar geralmente em todos os meus Reynos e Senhores a mandey praticar em minha corte e casa da sopricaçam pera da pratica della se poder veer a brevidade e proveito que se della seguia (...)*”⁴

5. O Decreto-Lei n. 108/2006 tem um ambicioso âmbito de aplicação. Segundo o seu art. 1, ele aplicar-se-á a todas as acções declarativas cíveis a que não corresponda processo especial e a acções especiais para o cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos.

Numa primeira leitura do diploma, o regime processual criado surge como auto-suficiente: em lugar algum se estabelece que a legislação processual civil geral é subsidiariamente aplicável, dificilmente se chegando a uma conclusão positiva quanto a esta aplicação já que o regime experimental não pode ser qualificado como um processo especial.

Juntando o que se dispõe no art. 1 com a conclusão acabada de alinhar, dir-se-ia que o novo diploma procedera a uma revogação do Código de Processo Civil na parte respeitante à tramitação do processo comum. Igualmente estaria revogado o regime publicado em anexo ao Decreto-Lei n. 269/98, de 1 de Setembro, na parte relativa à acção declarativa especial para o cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos (arts. 1 a 5 do anexo).

No entanto, não é isto que (talvez apenas por ora) se verifica num duplo sentido. O RPE tem, simultaneamente, um campo de aplicação mais restrito do que aquele que resulta do seu art. 1 e um campo de aplicação mais vasto do que aquele que resulta daquele preceito.

6. O RPE, se foi pensado como podendo ter uma aplicação universal a todo o processo declarativo cível comum, tem o seu campo de aplicação restringido a quatro tribunais: Juízos de competência especializada

⁴Lei ou Ordenação da Ordem do Juízo do Senhor Rei João III, de 5 de Julho de 1526, em que se limita a Ord. ant. do Senhor Rei D. Manoel, Livro I. Tit. 65 § ult.

cível do Tribunal da Comarca de Almada, Juízos Cíveis do Tribunal da Comarca do Porto, Juízos de pequena instância cível da Comarca do Porto e Juízos de competência especializada cível do Tribunal da Comarca do Seixal (cfr. Portaria n. 955/2006, de 13 de Setembro). Dir-se-á que é uma mera restrição no espaço. Seria se o RPE fosse aplicado tanto a processos da competência de juízos, quanto a processos da competência de varas. No entanto, não é isto que sucede. O RPE, e ao invés do que dispõe a própria lei, veio a ser inicialmente aplicado a processos que são tramitados em tribunais que não absorvem a litigiosidade cível de grande complexidade.

Nada a opor à opção do legislador: foi absolutamente ponderada. No entanto, se alguma relação se puder estabelecer entre o valor da causa e a complexidade de um processo, deverá ponderar-se a expansão do RPE que, apesar de ter anunciadamente um campo universal de aplicação (aquele que resulta do art. 1 do diploma), vem tendo uma aplicação residual. E há que ter em atenção que, ao terem-se escolhido para este ensaio os tribunais que teriam maior pendência, confinou-se a experiência a tribunais em que há claramente um litígio padrão ou tipo de frequência.

7. Mas o RPE tem, também, um campo de aplicação mais vasto do que aquele que resulta do seu art. 1.

Com efeito, dispõe o art. 17 que o regime constante dos arts. 3 (forma dos actos) e 6 (agregação de acções) se aplica “às acções declarativas a que corresponda processo especial”. Compreende-se a dificuldade do legislador: querendo apresentar um diploma com coerência sistemática (as matérias seguem a clássica ordem *princípios, actos, processo*) depois de ter definido o seu âmbito de aplicação (acções a que não corresponde processo especial), quis aplicar parte do regime implementado a acções que expressamente exclui do seu âmbito de aplicação.

8. O Decreto-Lei n. 180/2006 pode, sem referência às suas disposições finais e transitórias, ser dividido em quatro partes.

Numa primeira, e depois de definido o seu campo de aplicação, o diploma encabeça o juiz num designado “dever de gestão processual” (cfr. art. 2). Este desdobra-se em outros deveres, sendo expressamente tipificados: o dever de adoptar a tramitação processual adequada às especificidades da causa; o dever de adaptar o conteúdo e a forma dos actos processuais ao fim que visa atingir; o dever de garantir que, no processo, não são praticados actos inúteis; o dever de recusar o que for impertinente ou meramente dilatatório; o dever de adopção dos mecanismos de agilização processual previstos na lei.

Numa segunda parte, sob a epígrafe “actos em geral”, prevêem-se regras especialmente aplicáveis à *forma dos actos* – num reforço da preparação de um processo civil em que os actos são, não apenas comunicados por via electrónica, mas também praticados por via electrónica – *distribuição* – ao invés do que sucede nos processos tramitados de acordo com o rito comum, em que a distribuição é feita, de acordo com o art. 214 do CPC, duas vezes por semana, nos processos a que é aplicado o RPE a distribuição é diária, constituindo uma nova espécie na distribuição – *à citação edital* – releva, aqui, particularmente a publicação de anúncio (?) em página informática de acesso público – *à agregação de acções* e à *prática de actos em separado*.

Na terceira parte, o diploma regula o processo e o conteúdo de alguns actos processuais.

A quarta parte prevê a antecipação do julgamento da causa principal em providência cautelar.

10. Uma das novidades do RPE consistirá na concessão de poderes ao juiz que lhe permitem adequar o procedimento, adaptar a forma e o conteúdo dos actos, o dever de garantir que, no processo, não são praticados actos inúteis, o dever de recusar o que for impertinente ou meramente dilatatório e o dever de adopção dos mecanismos de agilização processual previstos na lei.

Estabelecendo uma comparação com o dever de gestão constante do Código de Processo Civil, verifica-se que o dever de adequação é consagrado em ambos os diplomas. E em nenhum deles se inova já que este princípio fora já consagrado nas Ordenações Manuelinas (1, 44, 43-45) e Filipinas (1, 65, 7, 23, 25, 73), se bem que contra ele se tenha insurgido alguma doutrina. É curioso observar que Chaves e Castro (1866) abre a sua obra sobre a reforma do processo civil com uma citação de Treillard segundo a qual “(i)l faut dans le procès une marche fixe qui ne permette pas l'arbitraire dans l'instruction, parce qu'il serait bientôt suivi de l'arbitraire dans de jugement”⁵.

Já quanto ao regime experimental, surge-nos uma dúvida quanto ao momento em que o juiz exercerá este poder-dever. Com efeito, o diploma estabelece uma tramitação paradigmática. Se bem compreendemos o regime estatuído, o processo será concluso ao juiz findos os articulados. Quererá isto dizer que é somente a partir do saneador e de acordo com o decidido nesse saneador que o juiz adequará o procedimento? Não seria possível supor uma adequação mais precoce, nomeadamente através de interposição de uma audiência após a entrega da petição e que permitisse uma imediata discussão da causa para que a contestação fosse automaticamente depurada?

O mesmo sucede com o dever de garantir que, no processo, não são praticados actos inúteis, bem como com o dever de recusar o que for impertinente ou meramente dilatatório. Neste sentido dispõe o art. 265 do CPC.

Mais duvidosa pode ser a consagração do dever de adaptar a forma e o conteúdo dos actos. Pensamos, porém, que apesar da diferença de redacção, o art. 138 do CPC, em articulação com o dever de adequação, impõe actuação equivalente àquela que o RPE prevê.

⁵ Atendendo à data da sua publicação, esta obra é muitíssimo relevante atendendo à próxima publicação do Código de Processo Civil de 1876.

Dever que tem somente consagração no RPE é o de adopção dos mecanismos de agilização processual. Serão estes aqueles que o próprio regime novo consagra.

11. Não obstante o reforço dos poderes de adequação (cfr. art. 2a) do RPE), não fica todo o processo na dependência do rito concretamente instituído pelo juiz⁶. Isto porque o legislador não deixou de prever uma tramitação. Esta comportará as fases que conhece o processo comum de declaração, nas suas formas ordinária e sumária; exactamente porque elas fazem falta se o processo atingir a sua máxima complexidade. Porém, e como em qualquer procedimento, mesmo aquele que é regulado pelo Código de Processo Civil, as fases só serão percorridas, em concreto, se os resultados processuais as justificarem. Todo o processo é plástico e elástico: todo ele se adapta ao caso concreto e todo ele comporta apenas as fases que, uma adaptação do tipo legal abstracto, se mostrarem necessárias.

12. Numa clara opção de ruptura com o regime vigente nas formas mais solenes do processo comum, um dos traços do RPE consiste em restringir os casos em que pode haver resposta à contestação. Segundo o art. 8/2, o autor apenas pode responder à contestação apresentada pelo réu se este houver deduzido reconvenção ou se a acção for de simples apreciação negativa.

De fora fica a finalidade típica da resposta à contestação: a resposta às excepções deduzidas pelo réu. Se bem que não disponhamos de dados estatísticos sobre este ponto, arriscaremos que se nem em

⁶ Supomos que um dos índices mais interessantes de analisar através da monitorização respeita à aplicação efectiva do poder de adequação. Para além da relevância do apontamento das situações em que o juiz desvia-se da tramitação mínima prevista no RPE. Até agora e pelos dados constantes do relatório da Direcção-Geral de Política da Justiça, foi já possível compreender que o primeiro desvio consistirá na necessidade de proferimento de despacho liminar de aperfeiçoamento. Intervenção judicial a que não se faz alusão no RPE, acaba por se revelar adequada nas circunstâncias em que tem lugar no apodado de rígido, pesado e arcaico processo comum.

todas as acções é deduzida reconvenção, na maioria (esmagadora, até) delas são deduzidas excepções. Consubstanciando estas, por definição, a articulação de matéria de facto nova, impõe o princípio do contraditório que sobre elas tenha a parte direito de resposta. No RPE, este não é exercido através da resposta à contestação.

Ficam duas perguntas: qual o momento típico de resposta às excepções?

A lei não dá uma solução inequívoca a esta interrogação. Poderia pensar-se que a escolha do momento e do meio através do qual o contraditório há-de ser exercido em matéria de excepções ficam na dependência dos poderes gerais de direcção e de adequação do processo pelo juiz.

No entanto, dois dados contradizem esta solução.

Por um lado, dispõe o art. 10/1 que, recebidos os articulados, o juiz profere despacho saneador onde conhece imediatamente de todas as excepções dilatórias e nulidades processuais suscitadas pelas partes. No mesmo saneador deve, também, o juiz conhecer, de imediato, de todas as excepções dilatórias e nulidades processuais que sejam de conhecimento officioso.

Por outro, prevê o mesmo art. 10/2a) que o saneador tenha como função complementar, nos casos em que não seja possível nele conhecer do mérito da causa, a definição da ordem do juízo. A liberdade de conformação do decisor é, de algum modo, direccionada: se houver que assegurar o exercício do contraditório, ordenará o juiz a convocação de uma audiência preliminar.

13. Registam-se algumas perplexidades sob a forma de perguntas.

Pergunta-se: como pode o juiz conhecer de excepções ou de nulidades se estas foram alegadas pelo réu na contestação e se sobre elas ainda não houve momento destinado ao contraditório do autor? Se o saneador é proferido findos os articulados, se nestes não há resposta a excepções, pergunta-se: como pode o juiz conhecer de excepções no saneador se ainda não houve contradi-

tório? Pode o juiz, numa repristinação das decisões-surpresa, conhecer de excepções ou de nulidades de conhecimento officioso sem sobre elas assegurar o contraditório das partes? Foi intenção do RPE revogar, neste aspecto, uma das mais adequadas soluções implementadas aquando da reforma do processo declarativo? O art. 3/3 do CPC, na sua actual redacção, não deve valer nos processos tramitados segundo o Decreto-Lei n. 108/2006?

Pergunta-se: o contraditório que deve ser assegurado na audiência preliminar apenas atinge a matéria da excepção peremptória? E a resposta à matéria da excepção peremptória é dada quando e em que acto? Não podendo ser no saneador, já previamente proferido, sê-lo-á na sentença final?

Dir-se-ia que todas as questões suscitadas encontram resposta no princípio da adequação. No entanto, lembre-se que o momento privilegiado para que o decisor dite qual a ordem do juízo é o da audiência preliminar e que esta é realizada depois do saneador. E lembre-se, também, que, apesar de minimalista, o legislador instituiu um procedimento, uma ordem, uma sequência.

Por fim, deixe-se mais uma interrogação: cabendo resposta à contestação por ter o réu deduzido pedido reconvenicional, pode o autor usar a sua resposta à contestação para responder à matéria das excepções? Se bem que já se possam intuir os argumentos de inconstitucionalidade material da proposta que avançamos por violação do princípio da igualdade, diremos que não pode deixar de dar-se resposta positiva a esta questão. Com efeito, o princípio da concentração e do aproveitamento máximo dos actos, no sentido da sua utilização para o máximo de funções que possam desempenhar, hostilizam uma solução que imponha, por um lado, uma resposta à contestação para resposta ao pedido reconvenicional, e uma audiência preliminar, destinada ao exercício do contraditório sobre a excepção. Aliás,

o facto de o réu poder fundar o pedido reconvenicional numa excepção (cfr. art. 274/2a) do CPC) demonstra como a própria defesa do autor impõe uma resposta conjunta às duas matérias.

14. O RPE veio regular alguns actos em particular, modelando-os em termos que permitem supor uma maior agilidade do procedimento.

Sem qualquer pretensão de exaustividade, sublinhe-se a possibilidade de apresentação de depoimento por escrito⁷, a faculdade de apresentação de acta de inquirição por acordo de todas as testemunhas, a limitação das causas de adiamento da audiência ao justo impedimento da parte ou do mandatário não presentes⁸, com a concessão ao juiz do poder de inquirir as testemunhas arroladas pela parte, cujo mandatário falta à audiência, a produção de alegações sobre o aspecto de facto e de direito conjuntamente e sem interposição de uma resposta à base instrutória⁹.

15. Particular referência nos merece a simplificação extrema da sentença. Aco-

⁷ Se já a troca de um colectivo de juízes por um gravador dá que pensar quanto à valoração da prova constituída, pergunta-se se deve considerar-se que a percepção do tribunal e a convicção que forma durante o depoimento de uma testemunha são irrelevantes. Não se diga que o juiz pode determinar a renovação do depoimento na sua presença, assim se garantindo a fidedignidade da prova. Uma coisa são as circunstâncias de que o juiz experiente se apercebe num depoimento prestado à sua frente, outra, aquilo de que pode aperceber-se olhando para um papel.

⁸ Atendendo a que a parte e o seu mandatário têm prazo para alegar e provar o justo impedimento e atendendo a que a possibilidade de informar atempadamente o tribunal, antes da audiência, de que a não comparência da parte ou do seu mandatário se devem a uma causa daquela natureza, pergunta-se: se o tribunal não for informado, mas ainda assim se verificar que houve justo impedimento para a não comparência da parte ou do seu mandatário, uma vez realizada a audiência será esta anulada?

⁹ Pergunta-se: que eficácia e que razoabilidade terão alegações de direito que sustentam uma solução jurídica sem que a parte saiba qual a matéria de facto que o tribunal considera provada? Pressupõe-se que a parte defenda, nestas alegações, exactamente o que disse nos articulados? Se assim for, para que serve esta alegação?

lhendo regimes já vigentes nas formas menos solenes do processo comum de declaração, o legislador esbata uma das funções cruciais da Justiça, especialmente quando se criam mecanismos de dissuasão de recurso aos tribunais: o restabelecimento da paz social. Ora, esta só se restabelece, se as partes forem persuadidas de que perante os factos arrolados e considerados provados pelo tribunal, a solução acolhida é a única possível. A sentença é o acto através do qual o juiz deve lograr esta persuasão. Assim como incumbe às partes criar no espírito do julgador a convicção de que têm razão, incumbe ao juiz, a quem está reservada a função jurisdicional, convencer as partes de que decisão é justa. Fazê-lo pressupõe fundamentar, não sumariamente, mas cabalmente a decisão proferida. E não pode esquecer-se que, para além de ter uma função de persuasão, a fundamentação tem ainda a relevantíssima função de objectivar a convicção do tribunal: o próprio juiz se deve convencer da bondade da sua decisão exactamente porque a consegue fundamentar de modo cabal.

Por outro lado, entendemos condenável a prática do espantilhamento da decisão sobre a matéria de facto. Se o juiz pode discriminar os factos que considera provados e aqueles que considera não provados por remissão para os articulados, pergunta-se: como se faz a interconexão da fundamentação da decisão sobre a matéria de facto com a remissão de modo a que a parte apreenda o sentido daquela decisão? A sentença passa a assemelhar-se aos títulos de crédito, com literalidade por referência.

Igualmente duvidosa se apresenta a solução contida no art. 15/3 do RPE. Aí se dispõe, como regra, que a sentença seja ditada de imediato (supõe-se que logo que findem as alegações de facto e de direito e na audiência) para a acta. Somente se o caso for de manifesta complexidade [a lei não se basta com a complexidade (GOUVEIA, 2006, sub. art. 15, n. 4), esta há-de ser manifesta], pode o juiz proferir a decisão ulteriormente e já

depois de finda a audiência. Pergunta-se: se o juiz acabou de assistir à produção da prova e de ouvir as alegações de facto e de direito, quando procede ao exame crítico de todas as provas? Pensamos que é ir longe demais afirmar que “o juiz pode necessitar de algum tempo – curto – para ordenar ideias”, sendo assim “admissível que o juiz interrompa por alguns momentos a audiência (meia hora, uma hora)” (GOUVEIA, 2006, p. 145). Só o decisor concretamente colocado perante a necessidade de praticar o acto de decisão terá como ajuizar se precisa de meia, de uma ou de várias horas para decidir. Se o juiz, quando entra na sala de audiências, ainda não sabe que factos vão ser provados ou não, sendo a causa complexa, mas não manifestamente complexa, que decisão dita? Uma que já trazia projectada fosse qual fosse a matéria de facto em que se fundaria? A propósito do contraponto da celeridade, cumpre recordar uma das mais relevantes alterações introduzidas no processo per libellos, representativa de uma ruptura com o processo formular: a redução da sentença a escrito, afirmando-se que *sententia quae dicta fuerit, cum scripta non esset, nec nomen quidem sententiae habere mereatur*.

Prudência merece, também, a faculdade de mera remissão para a fundamentação de acórdão de uniformização de jurisprudência, com indicação do local da sua publicação em jornal oficial. Ainda é cedo para vermos os resultados concretos desta solução, implementada entre nós. O risco do apagamento das especificidades do caso concreto foi já apontado.

16. Os dados estatísticos oficiais que permitem extrair ilações quanto ao real impacto da consagração de um regime de gestão processual obrigatória sobre a duração das acções não são encorajadores. Os tempos de duração dos processos tramitados segundo o RPE, se comparados com aqueles que são os tempos de duração dos processos a que se aplicam formas de processo comum menos solenes, como seja o processo sumário

de declaração, não são significativamente inferiores. Por outro lado, verifica-se uma tendência de alongamento da duração média dos processos tramitados em tribunais que aplicam o RPE.

A grande frustração que a leitura destes dados estatísticos pode esconder é a de se terem gorado as expectativas de quem imaginou que uma simplificação processual, acompanhada de um forte poder de gestão, seria uma espécie de panaceia para a morosidade da Justiça. A realidade mostra que assim não é.

No entanto, supomos que não é esta a forma correcta de olhar para o novo regime processual. A incapacidade de reduzir drasticamente os tempos de duração dos processos não justifica, só por si, o abandono do novo paradigma. Se ele se revelar mais adequado à tutela das posições materiais substantivas, então, ainda que com um eventual custo de tempo, ele deve ser aceite como bom.

4. A gestão processual na potencial reforma do processo declarativo português

17. Mas o sistema processual português não conheceu, ainda e com o RPE, o seu pico de evolução no que respeita à consagração de um princípio de gestão processual. Com efeito, aquela que, há meses, foi anunciada como a nova reforma do processo de declaração (e que poderá estar, por razões que não conseguimos descortinar, condenada ao esquecimento), mantendo em vigor o art. 265-A, acima transcrito, ao qual se acrescentava um n. 2¹⁰, viria pôr em vigor um novo art. 265-B, com o seguinte conteúdo:

“Artigo 265^o-B – Princípio da gestão processual – 1 – O juiz dirige activamente o processo, determinando, após audição das partes, a adopção dos mecanismos de simplificação e agilização processual que, respeitando os princípios da igualdade das

¹⁰ Disporia este n. 2: “Não é admissível recurso da decisão prevista no número anterior.”

partes e do contraditório, garantam a composição do litígio em prazo razoável. 2 – Com fundamento na simplicidade da matéria litigiosa, pode o juiz determinar oficiosamente, após audição das partes, que o processo siga, nas fases subsequentes aos articulados, a tramitação correspondente à forma sumária. 3 – Se o autor propuser que o processo siga a forma sumária e o réu a tal se oponha, cabe ao juiz decidir a forma de processo aplicável. 4 – Não é admissível recurso das decisões proferidas ao abrigo do disposto nos números anteriores.”

18. Importando para o sistema central uma regra vigente num subsistema periférico, tinha a proposta a clara intenção de consagrar, ao lado do princípio da adequação, um regime de simplificação processual. Como vimos, nesta assentava parte do RPE, uma vez que, para além de impor ao juiz que escolhesse a sequência processual mais adequada à composição do litígio, previa regras de simplificação de actos processuais por referência à solenidade de que estão rodeados quando e, em rigor, se lhes aplica a forma ordinária de processo comum.

III. A gestão processual e o princípio da igualdade

19. O RPE suscitou várias apreciações de conformidade constitucional. No contexto deste estudo, interessa-nos somente a questão material que um regime baseado no princípio da gestão processual pode suscitar: a da eventual violação do princípio da igualdade por falta de uniformidade dos ritos processuais que levam à decisão de causas similares¹¹.

¹¹ Desconsideraremos, aqui, a alegada desconformidade do RPE, por violação do princípio da igualdade, atendendo à limitação geográfica da sua aplicação. Aderimos, neste ponto, à posição expressa pelo Tribunal Constitucional, no seu acórdão n. 69/2008, de 31 de Janeiro de 2008, disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>.

Esta questão foi levantada em diversos procedimentos de controlo sucessivo de constitucionalidade do RPE, sendo definitivamente julgados pelo Tribunal Constitucional português. Nas suas alegações, as partes afirmaram reiteradamente que, num Estado de Direito, não poderia admitir-se um sistema processual que não garantisse a igualdade de todos aqueles que submetem pretensões semelhantes a decisão judicial. Deste ponto de vista, só a estrita observância do princípio de legalidade das formas de processo seria compatível com a isonomia.

O Tribunal Constitucional negou sempre a existência de uma desconformidade constitucional entre o RPE e a Constituição, demonstrando que a concessão de poderes de gestão processual ao juiz da causa não implica, por si só, violação do princípio da igualdade. E supomos poder afirmar, sem reservas, que, ao assim decidir, decidiu bem. Basta-nos pensar que há sistemas processuais de *common law*, informados *ab origine* pelo princípio da gestão processual e pouco habituados a ritos processuais prefixados, que têm vigência em espaços geográficos que não poderão deixar de ser considerados Estados de Direito. Se assim é, seguramente que não se poderá fazer decorrer, em linha recta, da consagração positiva de um princípio de gestão processual uma violação da ideia de Estado de Direito por violação do princípio da igualdade.

20. Mas mais. É absolutamente evidente que há razões substanciais, justificativas da compatibilidade entre a ideia de Estado de Direito e a estruturação de um sistema processual em torno do princípio de gestão processual. Lembre-se que a igualdade não é uma igualdade meramente formal, mas uma igualdade substancial. Esta precisão impõe que se criem estatutos de desigualdade se as situações a regular forem desiguais. Nestes casos, será através da criação de estatutos de desigualdade que se cria a igualdade substancial.

Dir-se-á que a invocação do princípio da igualdade substancial não resolve o ver-

dadeiro problema. Este reside na possibilidade de se percorrermos ritos diferentes na decisão de causas que, afinal, apresentam fortes semelhanças entre si. Aqui não haveria desigualdade de partida que tivesse de ser corrigida através da criação de formas diferenciadas. Aliás a igualdade imporia que a decisão de pretensões semelhantes sobreviesse de procedimentos exactamente iguais.

Se é evidente que pode suceder que pretensões semelhantes sejam decididas depois de percorridos ritos diferenciados, tudo estará em saber se esta diferenciação de ritos tem necessariamente uma influência negativa no conhecimento e na decisão da causa. A forma – nomeadamente quando sob esta palavra se quer referir a sequência de actos processuais previstos para a decisão de uma causa –, que é antecipadamente conhecida, oferece uma segurança às partes: antes de instaurada a causa, estas representarão exactamente o que deve ser feito até que se chegue à decisão de mérito. Convenhamos que esta segurança é meramente aparente. Como já dissemos acima e escrevemos em outro lugar, nenhuma forma vale por si e nenhuma sequência processual é rígida. No fundo, os ritos que encontramos previstos nas legislações processuais são meros indicadores da sequência que deve ser percorrida; são tipos orientadores. Mas cada processo em si concitará a prática de todos os actos, mas exclusivamente a prática dos actos necessários à decisão da concreta causa. O processo, já enquanto tipo legal, é elástico. E a sua elasticidade bem se compreende quando se pensa que a forma/tramitação não é um fim em si mesma; ela está orientada à decisão de uma causa. A finalidade marca o rito e não o inverso.

Se a gestão processual incrementa a insegurança inicial das partes quanto aos actos cuja prática será ordenada pelo juiz para que a causa seja decidida, não pode dizer-se que esta insegurança seja incompatível ou incompatível com as suas ex-

pectativas. Acima da forma, está o princípio da acção. E a acção tem uma finalidade: permitir que haja uma composição justa e tão célere do conflito. Se esta composição ocorre através de um ou de outro tipo de sequência, é relativamente neutro. Desde que, na estruturação dos procedimentos, se respeitem os princípios constitucionais (processuais) fundamentais¹² – igualdade e contraditório amplo –, qualquer forma será adequada se através dela se cumprirem os fins a que serve.

Dir-se-á que as afirmações antecedentes iludem o real problema: não estando o juiz obrigado a respeitar uma tramitação que lhe é imposta pelo legislador, tenderá ele a construir uma forma *qualquer*, exactamente aquela que lhe parecer a mais ajustada à composição do conflito. E, nesta variação entre sequências, ordenadas à decisão de pretensões equivalentes, pode discernir-se uma violação do princípio da igualdade.

Duas observações quanto a esta linha de argumentação. Em primeiro lugar, é evidente que a estruturação de um sistema processual em cima do princípio da gestão processual incrementa a responsabilidade de todos os intervenientes processuais. O decisor tem de cumprir mais uma tarefa para além daquelas que lhe estão tipicamente destinadas em sistemas enformados pelo princípio da legalidade das formas: ele tem não apenas de decidir a causa, como também de estabelecer a sequência mais adequada à justa e breve composição. Mas este aumento de responsabilidade pode ser perfeitamente compatível com o estado de maturidade da magistratura de um sistema em que visa implementar-se uma solução que requer o cumprimento de uma tarefa a mais. Se assim for, não procederão argumentos que assentem nos riscos de um arbítrio da decisão. Contra o erro judiciário haverá sempre mecanismos de reacção. Se, ao determinar a estrutura processual, o juiz estabelecer uma tramitação desadequada,

¹² Sobre esta qualificação, Lenio Streck (Reforma..., 2010).

às partes deverão ser conferidos meios que lhes permitam provocar o controlo desta sua decisão. E se, no final, se concluir que foi suprimida a prática de actos necessários à correcta decisão da causa – *v.g.*, porque foram suprimidos actos de instrução, vindo a decisão a julgar a acção ou a defesa im procedentes por falta de prova quando foi a sequência determinada pelo juiz a impedir que essa prova se realizasse –, a decisão será frágil por violação do princípio da acção.

Em segundo lugar, supomos que o princípio de igualdade não impõe nem que as sequências processuais sejam rigidamente pré-ordenadas pelo legislador, nem que a decisão de pretensões idênticas resulte de estruturas processuais exactamente iguais. A igualdade não há-de ser vista a partir de uma perspectiva atómica, acto de sequência a acto de sequência. Ela há-de ser prefigurada a partir das finalidades que presidem ao processo. Se se concluir que, apesar da diversidade de estruturas, as partes tiveram idênticas faculdades de persuasão do decisor e de demonstração dos factos que fundamentam a acção e a defesa, a igualdade estará preservada.

21. No fundo, a maior dificuldade dos sistemas tipicamente submetidos ao princípio da legalidade reside na habituação dos diferentes operadores judiciários a um novo paradigma, partindo-se, naturalmente, de uma resistência inicial. Descobrem-se imediatamente os riscos que o contraparádigma aparentemente não oferece. Para além de o reforço de poderes do juiz poder gerar, *se estes forem patologicamente exercidos*, um protagonismo judiciário indesejado¹³, num sistema em que todos estão habituados a tramitar pretensões segundo estruturas pré-ordenadas, alegações como a insuportabilidade da surpresa quanto ao rito processual ou como a possível erratidade das decisões judiciais proferidas ao

¹³ Quanto aos perigos que a centralidade do juiz arrasta, Lenio Streck (Reforma..., 2010); Jânia Maria Lopes Saldanha, Angela Araújo da Silveira Espindola, Cristiano Becker Isaia (Reforma..., 2010).

abrigo do poder de gestão surgem de imediato. A mudança radical é sempre difícil de absorver, levantando fortes resistências.

Esta circunstância poderá justificar a razoabilidade da solução votada no Senado quanto à amplitude dos poderes de gestão processual no futuro Código brasileiro. Quem pugnava por mais sentirá que a opção é acanhada. Mas, como sempre acontece na vida, o indivíduo, confrontado com a ruptura tem dificuldade em a absorver. Subitamente ele não sabe como fazer aquilo que dele é demandado. Resistirá e tenderá, até, a interpretar as novas soluções de modo a nelas encontrar aquilo que sempre conheceu. E estes factores humanos são cruciais no sucesso de qualquer reforma pelo que o são quando essa reforma depende estritamente de factores humanos. Por isso será mais avisado que o legislador, sabendo onde quer chegar, programe a reforma com larga antecedência, fazendo-a por etapas. E, se parte de um estado de coisas muito afastado do objectivo que tem em vista, deverá contabilizar o tempo de adaptação daqueles que deverão concorrer para a realização dos objectivos que a reforma se propõe. Convenha-se que pedir a um operador judiciário que, ao longo de uma larga carreira, conviveu com o princípio da legalidade das formas que, subitamente, aplique poderes de gestão processual será desadequada opção política.

Mas como ficaram, afinal, os poderes de gestão conferidos ao juiz no projecto de novo Código de processo Civil brasileiro, sistema em que “o gerenciamento não existe como técnica sistematizada ou regulamentada”? (SILVA, 2010, p. 138)

IV. A gestão processual no Projecto de Código de Processo Civil brasileiro

22. A Comissão de especialistas incluiu no seu Projecto de Código algumas disposições relevantes em matéria de gestão processual. Lia-se no art. 107, do Capítulo I (Dos poderes, dos deveres e da respon-

sabilidade do juiz), do Título VI (Do juiz e dos auxiliares da Justiça)

“Art. 107. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) V – 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.”

No art. 151 da Secção I do Capítulo I (Da forma dos actos processuais) do Título VIII (Dos actos processuais), lia-se

“Art. 151. 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. § 1º 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.”

Na exposição de motivos, escrevia a Comissão:

“Na mesma linha, tem o juiz o poder de adaptar o procedimento às peculiaridades da causa.”

A fonte de inspiração para esta nova solução legal, que visava consagrar um princípio de gestão processual em sentido forte, foi, segundo a própria Comissão, o processo civil inglês que se apoiou, expressamente, na regra 1.4. das CPR, na qual se consagram os *case management powers*.

23. Porém, a regra ordenada a consagrar o princípio da gestão processual em sentido forte¹⁴ – o art. 107 do projecto – não foi via-

¹⁴ Sustentando que, não obstante a inclusão desta regra no texto do projecto, dele não resultaria a concessão de poderes ao juiz para adaptar a fase de preparação da causa, Dierle Nunes, Flaviane de Magalhães Barros (Reforma..., 2010, p. 43). Se bem que se refira, expressamente, à admissibilidade de aplicação da cláusula processual geral de adequação jurisdicional do processo à fase dos recursos, Fredie

bilizada no Senado. O Relator justificou a supressão dos poderes de gestão processual com a seguinte alegação:

“A Emenda nº 15 merece acolhimento parcial. Como já registrado, a previsão do art. 107, V, foi um dos pontos mais criticados do projeto, já que, tal como posto, permite ao Juiz alterar, de acordo com seu entendimento, qualquer fase do processo. Segundo a maioria, na prática, isso pode permitir que cada juiz faça o seu ‘Código’, o que pode gerar insegurança jurídica. Por isso, a regra realmente deve ser alterada. Assim, no substitutivo, a flexibilização procedimental fica limitada a duas hipóteses: aumento de prazos e a inversão da produção dos meios de prova”.

Nesta sequência, o art. 107 do projecto veio a ser alterado, passando a ter a seguinte redacção:

“Art. 118. 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”.

A versão do inciso V é radicalmente distinta daquela que fora proposta pela Comissão redactora do projecto, no seu art. 107. O juiz deixa de ter poderes de gestão processual em sentido forte, detendo, apenas, o poder de dilatar prazos processuais e o poder de alterar a ordem de produção dos meios de prova.

24. Dir-se-á que a solução final do futuro Código de Processo Civil brasileiro nasce desajustada do seu tempo. No plano do Direito positivo e olhando-se para experiências estrangeiras, seria possível consagrar

Didier (Reforma..., 2010) escreve, na p. 161, que esta cláusula geral, exactamente porque é uma cláusula geral, não tem limite temporal. Parece, deste modo, o Autor admitir que a adequação pode e deve ser levada a cabo pelo juiz em qualquer fase do procedimento.

solução bem mais arrojada¹⁵. A gestão processual conhece em outros espaços uma dimensão incomparável com aquela como o novo Código a consagrará.

Mas, como acima dissemos, se a solução da Comissão pode ser totalmente justificada num plano científico e, mesmo, quando pensada para ser posta em vigor em tribunais expressamente preparados para um novo paradigma, talvez que a sua aplicação universal e imediata levantasse mais problemas do que aqueles que visaria resolver¹⁶. Vale a pena lembrar o velho ditado: “Prudência e caldos de galinha nunca fizeram mal a ninguém.” Ou, numa versão possivelmente mais erudita, “*Vorsicht ist die Mutter der Porzellanke.*”

Referências

ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 193, p. 167-200, mar. 2011.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Noções elementares de processo civil*. Coimbra: Coimbra Ed., 1979.

BRITO, Pedro Madeira. *O novo princípio da adequação formal*. In: ASPECTOS do novo processo civil. António Marques dos Santos et al. Lisboa: Lex, 1996. p. 31-69.

CASTRO, Manoel d’Oliveira Chaves e. *Estudos sobre a reforma do processo civil ordinario portuguez*: desde a propositura da acção até à sentença de primeira instancia. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1866. Dissertação inaugural para o Acto de Conclusões Magnas de Manoel d’Oliveira Chaves e Castro na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 1866. 242 p. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=4qYWAAAAYAAJ&pg=PA15&lpg=PA15&dq=CHAVES+E+CASTRO,+Estudos+sobre+a+reforma+do+processo+civil+ordin%C3%A1rio&source=bl&ots=WuxcC4vDTh&sig=Gofz-xH6y8LpvFMg1cMMil0c>>

¹⁵ E tecnicamente mais perfeita, desde logo se houvesse sido seguida a redacção proposta pela Comissão de Especialistas, conforme sustenta José Rogério Cruz e Tucci (2011, p. 206). No mesmo sentido, quanto ao acerto técnico da solução constante do Projecto, Fredie Didier (Reforma..., 2010, p. 160).

¹⁶ Érico Andrade (2011, p. 195), identificando diversas causas que justificarão porque ainda se não introduziu um princípio de gestão processual no brasileiro.

-Cg&hl=pt-BR&ei=WGQwTq7WA4nZgQeU6dS1AQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=5&ved=0CDcQ6AEwBA#v=onepage&q&f=false>.

DIDIER, Fredie. Princípio da Adequação Jurisdicional do Processo no Projecto de Novo Código de Processo Civil. In: REFORMA do Processo Civil: perspectivas constitucionais. Flaviane de Magalhães Barros, Jose Luis Bolzan de Moraes, coordenadores. Alexandre Bahia et al. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 153-164.

GOUVEIA, Mariana França. Regime processual experimental anotado. Coimbra: Almedina, 2006.

MENDES, João de Castro. *Direito processual civil*. Lisboa: AAFDL, 1986.

NUNES, Dierle; BARROS, Flaviane de Magalhães. As reformas processuais macroestruturais brasileiras. In: REFORMA do Processo Civil: perspectivas constitucionais. Flaviane de Magalhães Barros, Jose Luis Bolzan de Moraes, coordenadores. Alexandre Bahia et al. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 15-53.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira; ISAIA, Cristiano Becker. Interrogações sobre princípios processuais previstos no projecto de novo Código de Processo Civil. In: REFORMA do Processo Civil: perspectivas constitucionais. Flaviane de Magalhães Barros, Jose Luis Bolzan de Moraes, coordenadores. Alexandre Bahia et al. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 165-200.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Gerenciamento de processos judiciais. São Paulo: Saraiva, 2010.

STRECK, Lenio. O problema do “livre convencimento” e do “protagonismo judicial” nos Códigos brasileiros: a vitória do positivismo jurídico. In: REFORMA do Processo Civil: perspectivas constitucionais. Flaviane de Magalhães Barros, Jose Luis Bolzan de Moraes, coordenadores. Alexandre Bahia et al. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 55-74.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no projecto do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 192, p. 193-209, fev. 2011.

Notas acerca de um processo civil pragmático

Flávio Jaime de Moraes Jardim e
Paulo Frederico Rodrigues Paiva

Sumário

1. Considerações preliminares. 2. A técnica da ponderação como parte do *iter* procedimental no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. 2.1. Considerações preliminares. 2.2. Juízo de ponderação e pragmatismo. 2.3. A norma processual civil: entre incidência e aplicação. 2.4. A inclinação pragmática na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: a aplicação do direito constitucional. 2.5. Limites à lógica da aplicação no âmbito do direito processual civil. 3. Considerações finais.

1. Considerações preliminares

No Brasil, é comum a maior parte da sociedade ser surpreendida com a edição de uma nova lei, sem que sequer tenha tomado parte das discussões do projeto no âmbito do Congresso Nacional. O processo legislativo, embora público, na maioria das vezes, não é acompanhado de perto pelos mais diversos segmentos que, ao final, acabam afetados pela promulgação da nova norma legal.

A situação é mais sensível quando se encontra em debate o texto de um novo Código de Processo Civil. Trata-se da lei que rege a tramitação dos processos e estabelece os procedimentos que, em última análise, viabilizam o exercício efetivo dos direitos individuais.

É certo que o Anteprojeto tema deste estudo foi fruto de um processo elaborado

Flávio Jaime de Moraes Jardim é Mestre em Direito Americano pela Universidade de Boston, Procurador do Distrito Federal, advogado admitido no Third Judicial Department do Estado de Nova York, EUA, e integrante do Escritório de Advocacia Sérgio Bermudes.

Paulo Frederico Rodrigues Paiva é Professor Assistente de Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

de discussões e exposições públicas – foram várias as audiências públicas sobre a nova disciplina processual civil, por todo o Brasil –, mas, uma vez divulgada a consolidação logicamente organizada da matéria, abre-se um novo estágio de reflexão sobre a sistemática processual que nos vai reger doravante.

Nesse sentido, é preciso afirmar que cumpre à comunidade jurídica examinar atentamente o texto proposto e submetê-lo a um debate público racional, que inclusive deverá abranger o seu cotejo com o texto constitucional.

O escopo do presente trabalho é justamente chamar a atenção para uma das inovações mais significativas do novo Código de Processo Civil: a preocupação primordial com a ponderação de interesses¹.

Embora a ponderação de interesses constitucionais já esteja consagrada no direito constitucional, a sua explícita adoção, no âmbito de uma lei processual civil, particularmente em determinadas hipóteses, requer, quando menos, uma acurada análise teórica, com vistas a aferir sua compatibilidade com níveis mínimos de segurança que, assim como a efetividade, é uma das condições de subsistência do devido processo legal.

Cabe lembrar as palavras do Ministro Gilmar Mendes no sentido de que “é a boa aplicação dos direitos fundamentais de caráter processual – aqui merece destaque a proteção judicial efetiva – que permite distinguir o Estado de Direito do Estado Policial!”².

¹ Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: “Art. 6º 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”. Observe-se, ademais, o parágrafo único do art. 257, destinado, é de se esperar, às mais vivas polêmicas: “A inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação de princípios e dos direitos fundamentais envolvidos”.

² STF, Ext n. 986, Rel. Min. Eros Grau, DJ 5.10.2007. Trecho do voto do Min. Gilmar Mendes.

2. A técnica da ponderação como parte do iter procedimental no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil

2.1. Considerações preliminares

Lido como um todo orgânico, o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil revela esforços notáveis para, ao mesmo tempo, garantir o alcance célere e eficaz do fim dos processos³ e torná-los mais seguros e abertos à atuação de tantos quantos forem titulares dos interesses a serem atingidos com a decisão judicial⁴.

³ Nesse sentido pode-se referir a disposição segundo a qual “as partes têm direito de obter em prazo razoável a solução da lide, incluída a atividade satisfativa” (art. 4º). Os esforços por manter, com vistas à utilidade do processo, os atos conduzidos por juiz incompetente (art. 28 e parágrafo único e, principalmente, art. 49, § 3º, que dispõe: “Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos das decisões proferidas pelo juízo incompetente, até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente”). A previsão da universal e recíproca colaboração entre os órgãos de jurisdição (arts. 52 a 54). A pléiade de dispositivos que, de maneira enérgica, buscam coibir a conduta processual protelatória (art. 66, § 1º; art. 69, incs. IV, VI e VII; art. 70, § 2º; art. 73, §§ 6º e 7º XXX). As incumbências enfeixadas na figura do juiz (art. 107, incs. I, II, IV, V, VI, VII, VIII e IX), entre elas a que lhe faculta considerar válido o ato que, ainda que não atendida a forma prescrita em lei, alcançar sua finalidade (art. 240), aquela outra, em que fica autorizado a utilizar “prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório” (art. 260) e, ainda, a que lhe autoriza a, “considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridade do fato a ser provado”, “distribuir de modo diverso o ônus da prova” (art. 262). Some-se, por fim, a todas as disposições referidas, a disciplina do julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 895 a 906 e 953 a 956).

⁴ Acerca desse aspecto do Anteprojeto, devem ser referidas as seguintes disposições: art. 5º, segundo o qual as “partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência”, e os arts. 320 e 847, § 2º. Em disposições análogas aos arts. 9º, § 1º, da Lei 9.868/99 e 6º, § 1º, da Lei 9.882/99, assentou o Anteprojeto, no art. 320, que o “juiz ou relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da lide, poderá, por despacho irrecurável, de ofício ou a requerimento das

Como exsurge evidente da leitura do texto apresentado, são diversas as hipóteses em que o juiz é induzido a prolatar decisões que, levados em conta os parâmetros civilizatórios estabelecidos no texto constitucional, maximizem a eficácia e a capacidade de pacificação social, inerentes ao processo.

Exemplificativamente, podem ser listados os seguintes artigos, os quais tornam extrema de dúvidas a inclusão, na nova disciplina processual, do juízo de ponderação, como parte do *iter* decisório por qual deve passar o juiz:

“Art. 257. As partes têm direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar fatos em que se funda a ação ou a defesa e influir eficazmente na livre convicção do juiz.

Parágrafo único. A inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos⁵.

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

Parágrafo único. Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas, demonstrando as razões pelas quais, ponderando os valores em questão e à luz das

partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural, órgão ou entidade especializada” e, no art. 847, § 2º, que “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”.

⁵ Grifou-se.

peculiaridades do caso concreto, não aplicou princípios colidentes.

Art. 944.

[...]

§ 2º 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.”

É possível observar, assim, que um importante instituto do processo constitucional contemporâneo⁶ foi incorporado pela nova disciplina processual civil ordenada no Anteprojeto. Poder-se-ia dizer, a esse respeito, que se tem proposto um processo civil eminentemente instrumental, e, portanto, primordialmente pragmático. Veja-se que, para Robert Summers (1981, p. 863), Professor da Faculdade de Direito de Cornell, “a visão do direito como instrumento é imediatamente pragmática”.

Cumprido examinar, contudo, se as normas processuais – assim como as normas constitucionais – são passíveis de um deslinde hermenêutico que empresta atenção e importância, principalmente, à *área* e não ao *programa* das normas jurídicas.

2.2. Juízo de ponderação e pragmatismo

Como se delineou acima, ainda que desafie as primeiras noções que a intuição

⁶ Ainda que seja levada em conta sua origem no direito administrativo alemão, o juízo de ponderação tem sido considerado uma via privilegiada para a flexibilização da lógica substantiva com que foi posta em ato a ideia de Estado de direito, daí ter-se falado, a seu respeito, em um “princípio transversal” (MOOR, 2001, p. 319). De outra sorte, logrou converter-se, ao longo dos anos, em instrumento igualmente adequado ao controle da atividade legislativa e composição entre interesses fundamentais conflitantes, de molde que seus desenvolvimentos dentro da literatura constitucionalista contemporânea têm razões funcionais bastante evidentes.

apresenta ao raciocínio, impõe reconhecer que, integrando o juízo de ponderação ao afazer processual do juiz civil, o Anteprojeto se insere em um campo teórico eminentemente pragmático.

O apoio que a literatura especializada empresta à ideia segundo a qual o juízo de ponderação vincula-se, imediatamente, a posturas realistas e pragmáticas parece bastante sólido.

Esta é a visão de Ann Woolhandler (1988, p. 115-116), Professora da Faculdade de Direito da Universidade da Virgínia, para quem “a aplicação lógico-doutrinária dessa visão pragmática do direito [...] é o juízo de ponderação (*balancing*)”.

A ponderação judicial de interesses, nos Estados Unidos, encontra suas raízes nos autores realistas da virada do século. Holmes e Pound são prova dessa assertiva. Em 1897, o primeiro afirmou que, diante do “presente estado da economia política”, a Suprema Corte é intimada a “considerar e ponderar os objetivos da legislação, os meios dispostos para alcançá-los e o seu custo” (HOLMES, 2007, p. 195).

“Talvez o avanço mais importante da moderna ciência jurídica – destacou Pound (1919, p. 441) – seja a mudança da atitude analítica para a funcional”. E, em outro estudo, asseverou que a ênfase havia mudado “do conteúdo do preceito e existência de um remédio” para “o efeito do preceito em sua aplicação e a viabilidade e eficiência do remédio para se alcançar o objetivo ao qual se destina” (POUND, 1908, p. 603).

Paulo Branco (2009, p. 90-91) parece ter sido quem mais claramente expôs a existência dessa relação no âmbito da cultura jurídica norteamericana:

“O juízo de balanço passou a enxergar a lei como um meio para um propósito, exigindo o escrutínio dos interesses sociais em jogo, quando se estivesse diante de um conflito constitucional. Desse modo, as mudanças no mundo real poderiam encontrar espelho na evolução da

doutrina constitucional, permitindo flexibilidade sem compromisso da legitimidade formal das decisões cambiantes. Todo um ambiente intelectual propiciava a guinada para a abordagem da ponderação. A filosofia do pragmatismo, com Willian James e John Dewey, reconhecendo limites à lógica e portando a mensagem de relativização da verdade, dava escora para visão dinâmica, funcional e experimental do Direito. No campo da ciência política, era ensinado que a lei e a política são o resultado da competição de interesses, enquanto o pensamento econômico se aprofundava na análise de custos e benefícios. A aceitação do método do balanço de interesses, com vistas a melhor atingir o fim social buscado pela norma, harmonizava-se, portanto, com o clima intelectual que se vivia.”

Como se pode observar, a relação entre ponderação e pragmatismo parece ser, ao menos nos Estados Unidos, um ponto de rara quietude doutrinária, para o qual confluem defensores e detratores da prática. Entre esses, Hashimoto (1997, p. 123) afirmou:

“Em uma Era de ponderação pragmática, um realista pode advogar que uma regra mude quando seja revelado empiricamente que não leva a consecução de seus objetivos, que pode causar danos ou que uma outra regra poderá melhor servir aos resultados desejáveis.”

Ao contrário, considerando a ponderação pragmática uma opção válida, pode-se referir à opinião de Richard Posner. Tratando da colisão entre liberdade e segurança, questão jurídica que se tornou premente após o 11/9, o Professor da Universidade de Chicago atestou que o procedimento tem sido “basicamente pragmático”. O escopo dos direitos estaria sendo determinado, no bojo da interação entre texto

e interpretação, pela “ponderação judicial dos interesses em jogo”. “Ambos são importantes – concluiu o autor –, mas sua relativa importância varia de tempos em tempos, de uma situação para outra e, por isso, a lei precisa ser flexível” (POSNER, 2005, p. 296).

No quanto pode ser resumido em um parágrafo, o juízo de ponderação (*balancing*) é nestes termos conduzido pela Suprema Corte norte-americana:

“A Corte tem interpretado ‘razoabilidade’ como a exigência de que se pondere a força do interesse governamental que dá suporte ao ato contra a natureza e o grau da intrusão na privacidade, liberdade e propriedade dos cidadãos (*omissis*). Quando as cortes evocam a ponderação como controle da razoabilidade (*reasonableness balancing*), elas examinam uma série de fatores (*omissis*). Alguns fatores levados em conta refletem o controle tanto dos objetivos quanto dos meios e meios alternativos – como no princípio da proporcionalidade. Considerações acerca do perigo acarretado pela medida, de perigos substitutos, e de outros limites à discricionariedade com que é exercido o poder de polícia” (SULLIVAN; FRASE, 2009, p. 97-98).

No mesmo sentido, ao analisar a jurisprudência da Corte Europeia de Justiça, Tridimas afirmou que “a decisão com fundamento na proporcionalidade pode ser vista como a celebração do relativismo judicial”. E concluiu que “a aplicação do princípio é melhor encapsulada no *dictum*: ‘em direito, o contexto é tudo’” (TRIDIMAS, 2006, p. 173).

Na França, quando se trata de equilibrar, por meio do princípio da proporcionalidade, as restrições aos direitos fundamentais, a literatura tem afirmado que tal equilíbrio é evidentemente variável em função da extensão real das restrições em elementos “tão sujeitos à evolução” (GOESEL-LE BIHAN, 2004, p. 1).

Afirmou-se, ademais, que a ponderação revela-se como condição da proteção dos direitos e liberdades constitucionais, e que “a liberdade individual *lato sensu* parece conhecer uma nova evolução, que consiste nas manifestações mais importantes do realismo dos juízes constitucionais” (GOESEL-LE BIHAN, 2004, p. 6).

Quanto ao papel que o princípio opera no sistema italiano, Ruggeri (2002) afirmou que esse é “o único e verdadeiro fator de fechamento do ordenamento”, por tornar “flexível o material normativo forjado rigidamente”.

2.3. A norma processual civil: entre incidência e aplicação

Como é fácil observar, o juízo de ponderação, tal como integrado à hermenêutica dos textos constitucionais, exerce a função de flexibilizar as opções de escolha do juiz, sempre em atenção ao aspecto material e à eficácia concreta da aplicação da Constituição, ou, em outras palavras, em atenção à finalidade constitucional.

Isso, contudo, como se passa a demonstrar, importará verdadeira, e manifesta, substituição da lógica da incidência⁷ – com que intuitivamente se busca compreender a legislação processual civil – pela lógica da aplicação das disposições processuais. Sem desvios, tal substituição resulta na hipertrofia do papel do juiz e em sua possibilidade

⁷ Note-se a referência do parágrafo único do art. 472 do Anteprojeto: “Art. 472. O juiz proferirá a sentença de mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de sentença sem resolução de mérito, o juiz decidirá de forma concisa. *Parágrafo único.* Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas, demonstrando as razões pelas quais, ponderando os valores em questão e à luz das peculiaridades do caso concreto, não aplicou princípios colidentes”. Tais normas não podem ser consideradas suportes fáticos hipotéticos (Pontes de Miranda) aptos a incidir. Tal espécie de norma apenas ganha operacionalidade mediante a aplicação.

de flexibilizar a norma instrumental em atenção à efetividade empírica que se busca com o processo.

Destaque-se, uma vez mais, o dispositivo do Anteprojeto que se apresenta como mais evidentemente representativo dessa orientação:

“Art. 257.

[...]

Parágrafo único. A inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos⁸.”

Neste ponto, cumpre realizar uma digressão teórica de molde a justificar e esclarecer tais afirmativas.

A palavra positivismo não significa a mesma coisa quando referida a Pontes de Miranda e a Kelsen.

Enquanto no pensamento de Kelsen o positivo é alcançado com a separação radical entre *ser* e *dever ser*, em razão do que é necessário se estabelecer, posteriormente, uma teoria do encontro entre essas duas dimensões, ou seja, uma teoria da aplicação; a reflexão de Pontes de Miranda é caracterizada por uma radical negação da cisão entre o natural e o cultural, dado ser o direito visto como fenômeno natural, como física social:

“A regra jurídica foi a criação mais eficiente do homem para submeter o mundo social e, pois, os homens, às mesmas ordenação e coordenação, a que ele, como parte do mundo físico, se submete. Mais eficiente exatamente porque foi a técnica que mais de perto copiou a mecânica das leis físicas (MIRANDA, 1999, p. 55)”.

Não há relação entre direito e fato qualificadas como duas grandezas independentes, o direito é manifestação da facticidade social (MIRANDA, 1999, p. 49).

Mediante o emprego das palavras que compõem as regras jurídicas, veiculam-se

conceitos (suporte fático hipotético – ao qual está vinculado o preceito abstrato), os quais incidirão sobre os suportes fáticos reais, fatos sociais que se haviam, antes, tornado direito (a lei expressa o direito), de forma natural e automática.

A incidência em Pontes de Miranda independe de aplicador, porque não há aplicação – aqui a regra jurídica é descritiva, nega-se o *Se F, deve ser R*, mas, agora, afirma-se: *Se F, R*.

Quando o suporte fático real – a ocorrência na realidade – enquadra-se, ou seja, quando é composto dos elementos estampados no suporte fático hipotético, a lei incide, tão naturalmente quanto qualquer fenômeno de natureza causal: “a incidência das regras jurídicas não falha; o que falha é o atendimento a ela” (MIRANDA, 1973, p. 384).

É exatamente por criar a distinção entre *ser* e *dever ser*, exatamente por afastar fato e direito, que Kelsen não raciocina no sentido da incidência, e sim no da aplicação, dado que aplicar não significa outra coisa senão criar norma a partir de norma superior. A oposição entre as duas teorias do direito, e suas implicações para o campo do direito processual civil, exsurtem evidentes do trecho abaixo:

“O processo como todo é o que primeiro se tem de considerar, se se quer estudar, na sistemática do direito, o que é processo. Naturalmente, não se pode aceitar a concepção da sentença como *lex specialis*, que concretize a *lex generalis* das regras de direito material; nem, sequer, como ‘vontade concreta da lei’, à maneira de Giuseppe Chiovenda. O que faz a sentença continuar a lei é a unicidade da fonte (estatais ambas) e o serem ambas acontecimentos jurídicos, fatos da vida jurídica do grupo social. Qualquer concepção que vá mais longe peca por ignorância da distinção entre incidência e aplicação (*omissis*) O fim do processo foi principalmente

⁸ Grifou-se.

o de pacificar; tornou-se, depois, mais o de realização do direito objetivo. Isso não quer dizer que o processo tenha de ser aquela pacificação ou essa realização. A confusão entre ser e fim leva à afirmação dos formalistas, como Hans Kelsen, de 'só' se poder conhecer a essência pelo fim. Ora, o fim, se conhecemos bem o processo, é estranho ao direito processual, pelo menos em sua estrutura; o fim é pré-processual e depende de certas regras dirigidas ao juiz sobre interpretação e aplicação das leis, regras que ninguém poria no processo. O direito processual é meio, técnica; os fins, esses, pertencem ao direito público, mais ao direito constitucional que a qualquer outro ramo (*omissis*) aplicação e processo não são coextensivos" (MIRANDA, 1997, p. xvii-xviii).

A ruptura do Anteprojeto com essa maneira de entender o processo é manifesta em seus primeiros artigos:

"Art. 6º 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."

Dessa forma, impressiona a circunstância de tal dispositivo estar inserto não em uma lei de introdução ao Código Civil, mas, sim, no capítulo introdutório do novo Código de Processo Civil. Assim, pelo que se pode ler, pretendem os autores do Anteprojeto que, ao aplicar a lei *processual*, o juiz atenda aos fins ali estampados.

De fato, não surgem evidentes, de outra parte, quais distinções existem entre o raciocínio levado a cabo pelo juiz constitucional e o que deve conduzir a observância, pelo juiz ordinário, do rito processual que ele deveria apenas declarar, e não constituir, a cada momento, "à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais

envolvidos" (art. 257, parágrafo único do Anteprojeto).

O que parece surgir do Anteprojeto é um novo paradigma, em que a racionalidade do direito processual não se reduz mais a um modelo de regulação global, abstrata e previsível, mas opera, em diversas oportunidades, a partir de uma normatividade particular, concreta e aleatória, esta última no sentido de sua determinação circunstancial.

Esse paradigma, que, como se buscará demonstrar abaixo, já se apresenta claramente dominante na operação do processo de controle de constitucionalidade, foi, de forma bastante ampla, transferido para o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

Até onde pode ser este novo processo civil resumido em uma sentença: "*há uma nova função do juiz – do silogismo à ponderação de interesses*" (COMPERNOLLE, 1998, p. 495)⁹.

2.4. A inclinação pragmática na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: a aplicação do direito constitucional

Parece ser possível concluir que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre interpretação do direito constitucional dá amplo suporte para esse instrumentalismo pragmático estampado no Anteprojeto.

No julgamento dos Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.601/DF, o Ministro Dias Toffoli assentou que se faz necessário ampliar "o objeto de interpretação das normas em face da Carta Magna, ultrapassando-se a análise do ato legal frente à norma constitucional

⁹ Observe-se, em apoio ao quanto se argumentou, o seguinte dispositivo do Anteprojeto: "Art. 847. Os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte (*omissis*) 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".

parâmetro, para contemplar, ainda, os efeitos produzidos pela norma questionada frente outras normas igualmente constitucionais”¹⁰.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, guardião maior da Constituição, tem o dever de zelar pela máxima efetividade do texto constitucional, o que ultrapassa a declaração de inconstitucionalidade, alcançando toda a unidade normativa da Lei Fundamental¹¹.

As palavras do Ministro Dias Toffoli, proferidas num julgamento em que se debatia a possibilidade de modulação dos efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade, revelam a visão de que até mesmo o princípio da nulidade da lei inconstitucional se apresenta como relativo no ordenamento, devendo ser sopesado com os demais interesses constitucionais, sobretudo os da segurança jurídica e do excepcional interesse social. Em termos concordes com a linguagem que se emprega neste estudo, o que se está a afirmar é: a Constituição deve ser aplicada pela Suprema Corte.

Para Toffoli, a máxima efetividade da Constituição impõe ultrapassar a análise do ato legal perante a norma constitucional parâmetro, para contemplar, ainda, os efeitos produzidos pela norma questionada diante de outras normas igualmente constitucionais. Ou seja, para o Ministro, a tentativa de achar um critério objetivo de justiça e moralidade – a nulidade da lei inconstitucional como regra – pode vir a ser falha, sendo que o conteúdo da Constituição, o qual alberga, implicitamente, o referido princípio, apenas pode ser identificado tendo em conta os efeitos produzidos pela norma questionada.

O Ministro Eros Grau parece ter um pensamento similar sobre a interpretação constitucional. É que, para o magistrado, “o fenômeno jurídico não é uma questão

científica, porém uma questão política; e, de outra parte, a aplicação do direito é uma prudência, e não uma ciência” (GRAU, 2008, p. 35).

O direito não é uma ciência, pois nele não há possibilidade de se definir uma solução exata, senão sempre um elenco de soluções corretas (GRAU, 2008, p. 38). A partir dessas soluções, deve o intérprete, por prudência, ou seja, por uma razão intuitiva – exercida a partir de sua formação cultural e ideológica –, que não discerne o exato, porém o correto, aplicar a norma ao caso concreto (GRAU, 2008, p. 40).

Grau é um positivista e enxerga a atividade judicante à luz da concepção kelseniana. O campo de atuação da prudência do magistrado, o qual envolve o exame do texto e os elementos da realidade, para ele, é inerente à ideia de aplicação do direito.

Dá prova jurisdicional dessa convicção o voto proferido pelo Ministro, por ocasião do julgamento da ADPF 153, em que se discutia a recepção da Lei de Anistia:

“A interpretação do direito tem caráter constitutivo – não meramente declaratório, pois – e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão (*omissis*) A interpretação/aplicação vai do universal ao particular, do transcendente ao contingente; opera a inserção das leis [= do direito] no mundo do ser [= mundo da vida]. Como ela se dá no quadro de uma situação determinada, expõe o enunciado semântico do texto no contexto histórico presente, não no contexto de redação do texto. Interpretar o direito é caminhar de um ponto a outro, do universal ao singular, através do particular, conferindo a carga de contingencialidade que faltava para tornar plenamente

¹⁰ Idem.

¹¹ Idem.

contingencial o singular. As normas resultam da interpretação, e podemos dizer que elas, enquanto textos, enunciados, disposições, não dizem nada: elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem¹².

Essa orientação, estampada nas passagens acima transcritas, está, em grande medida, de acordo com o que se pode compreender como pragmatismo jurídico.

Para comprovar essa assertiva, cabe conferir os ensinamentos dos Professores Neozelandeses Duncan Webb, Katherine Sanders e Paul Scott (WEBB, 2010, p. 22-23):

“Um juiz pragmatista está mais interessado em alcançar uma ‘boa’ decisão do que seguir regras preexistentes. Um juiz pragmático olhará primordialmente para as consequências da decisão. Se a consequência de uma particular decisão for boa no sentido de que incentiva um comportamento benéfico no futuro ou evita uma crise, o juiz decidirá naquele sentido. Um famoso exemplo é a defesa de Posner no julgado da Suprema Corte Americana *Bush v. Gore*, que interrompeu a recontagem dos votos na eleição presidencial do ano 2000 na Flórida. Posner defendeu a decisão, mas não os seus fundamentos. Pelo contrário, ele argumentou que a decisão era ‘boa’ pois ela afastou uma crise constitucional que teria causado um caos político. As consequências também são relevantes para o juiz pragmatista na interpretação de diplomas legais. Ele ou ela está primordialmente interessado nos objetivos da lei e nas consequências das diversas interpretações possíveis. Estas são mais importantes do que a interpretação literal do texto. O juiz pragmatista, levando em consideração as consequências, assegurará que a interpretação

que adota está consistente com o propósito do diploma legal.”

Stephen Breyer (2010, p. xiii), membro da Suprema Corte dos Estados Unidos, expressamente defende a adoção da técnica do pragmatismo na interpretação constitucional:

“A chave reside na habilidade da Suprema Corte de aplicar os duradouros valores constitucionais a circunstâncias em mutação. Ao proceder a essa tarefa interpretativa, deve a Corte, de forma ponderada, se valer de técnicas interpretativas a serviço de uma abordagem pragmática de interpretação da lei. Deve entender que as suas ações geram consequências no mundo real. Deve reconhecer e respeitar as funções dos outros Poderes. Levando em conta a sua experiência e *expertise*, bem como a das outras instituições, a Corte pode auxiliar o direito a ser mais efetivo e, em consequência, atingir o objetivo básico da Constituição de criar um governo democrático e viável.”

Porém, um ponto chave é ressaltado pelos autores neozelandeses sobre o pragmatismo: “Qualquer que seja a validade da técnica do pragmatismo, esta não leva a uma grande certeza na aplicação da lei” (WEBB, 2010, p. 23).

O entendimento positivista de Eros Grau, de certa forma, ainda que restrito à atuação dentro do ordenamento, também afasta essa certeza, até por reconhecer que não há uma única resposta correta na aplicação dos direitos.

Podem ser citados vários outros precedentes em que a nossa Suprema Corte adotou uma postura pragmática na interpretação constitucional, inclusive em âmbito processual.

No julgamento da Petição n. 3.388/RR, mediante a qual se concluiu pela legitimidade do procedimento de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol,

¹² STF, ADPF 153, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 06.08.2010.

por exemplo, o Ministro Marco Aurélio suscitou, em questão de ordem, diversas nulidades de cunho procedimental, as quais foram rejeitadas pelo Tribunal Pleno.

Segundo Marco Aurélio, a ação popular era nula pois, entre outras razões, (a) o Presidente da República não fora citado para contestar o feito, o que é imprescindível nos termos da Lei n. 4.717/1965; (b) os Estados de Roraima e os Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia, os entes públicos prejudicados pela demarcação, não integraram a lide na qualidade de litisconsortes passivos necessários e não puderam produzir provas; (c) o Ministério Público não fora intimado para intervir oportunamente no feito; e, (d) no voto do Ministro Direito, ficou consignado ter o magistrado requerido a elaboração de mapas à FUNAI, o que não foi submetido ao contraditório das partes.

O Ministro Menezes Direito, que pediu vista e elaborou substancial voto no processo, assentou que, numa ação popular de competência originária do STF, dada a existência de um conflito federativo, “os requisitos e regras que devem ser normalmente observados no rito da Lei n. 4.717/65 somente ganham sentido se compatíveis com as finalidades da competência originária, ou seja, com a solução do conflito”¹³.

Dessa forma, requisitos processuais básicos e que, se inobservados, gerariam a nulidade de qualquer processo de ação popular, no âmbito do STF, não foram seguidos, cedendo lugar a objetivo outro determinado pela Corte mediante técnica de ponderação implícita.

Talvez a posição do Supremo tenha sido determinada em função da necessidade de se conferir uma solução final aos processos demarcatórios, os quais contrariavam interesses de ocupantes não índios da área, e do longo período que já havia transcorrido desde a promulgação da Carta, sem que uma solução tivesse sido dada ao processo demar-

catório, que, nos termos do art. 67 do ADCT, deveria ter sido encerrado no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Carta.

Mas não restam dúvidas de que a opção de se inobservar garantias e procedimentos básicos em detrimento de um deslinde mais célere do feito envolve uma opção pragmática, a qual, na visão destes autores, foi feita pelo STF no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Outro exemplo se deu com a apreciação do RE n. 556.664/RS, em que o Plenário definiu a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/91. Os referidos preceitos versaram temas relativos à prescrição e à decadência tributárias, que, por se tratarem de normas gerais de direito tributário, têm a disciplina reservada à lei complementar¹⁴.

¹⁴ EMENTA: PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, b, III, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica. II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias. III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO.

¹³ STF, Pet n. 3.388/RR, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 25.9.2009.

Em que pese o Supremo Tribunal Federal ter concluído pela inconstitucionalidade dos dispositivos, considerou legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos preceitos legais que não foram impugnados antes da data de conclusão daquele julgamento.

Em outras palavras, o STF assentou que teria direito a repetir o indébito recolhido no prazo inconstitucional apenas aquele contribuinte que houvesse ajuizado a ação de repetição antes da data de conclusão do julgamento. Assim o fez por entender que, se todos os contribuintes que arcaram com a exação propusessem demandas, a saúde financeira do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS ficaria comprometida.

É fácil identificar, no precedente, uma opção pragmatista da Corte. Veja-se que não há qualquer norma no ordenamento jurídico que impeça um contribuinte de repetir um indébito tributário inconstitucional. Contudo, o STF, de forma a evitar um colapso financeiro do INSS, optou por criá-la, constituiu-a – nas palavras do Ministro Eros –, no julgamento. Assim, contribuintes que não ingressaram com ações antes da apreciação do caso não tiveram direito à devolução dos valores indevidamente recolhidos. Contribuintes que ingressaram, por outro lado, tiveram as demandas julgadas procedentes.

Cumpra observar que tais opções pragmaticamente orientadas em nada conflitam com o positivismo kelseniano. Apenas o que vemos em operação é uma teoria da aplicação do direito que deixa ao aplicador

Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69. V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento. (RE 556664, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-216 DIVULG 13-11-2008 PUBLIC 14-11-2008 EMENT VOL-02341-10 PP-01886).

o juízo sobre qual das normas extraíveis do parâmetro jurídico superior é a mais adequada e melhor atende ao equilíbrio entre os interesses em conflito. Para espanto dos que o querem ler como um pensador idealista, foi o próprio Kelsen quem o afirmou: “Do ponto de vista racional, apenas existem interesses humanos, e, logo, conflitos de interesses. Para resolvê-los, apenas existem dois métodos: o primeiro, satisfazer um às expensas de outro, ou engendrar um compromisso entre eles. E não é possível provar que uma solução, e não outra, é justa” (2000, p. 84).

Daí, inclusive, ter Posner (2005, p. 251) afirmado que “o positivismo de Kelsen é o lado jurídico do pragmatismo liberal”.

Como se pode observar, a tendência instrumentalista consolidada no Anteprojeto está em consonância com a orientação que se pode colher de uma série de decisões de nossa Suprema Corte sobre questões constitucionais, decisões que, ademais, encontram amplo supedâneo teórico no qual se apoiar. Mas isso não ajuda a decidir se essa postura pragmática é adequada à operação da disciplina processual civil.

2.5. Limites à lógica da aplicação no âmbito do direito processual civil

Ainda que sejam muitos os elementos que concorrem para apoiar a opção pragmatista pelo alargamento do quadro em que o juiz aplica – *i.e.* cria a norma processual individual – o direito processual, permanece viável o estabelecimento de limites à lógica da aplicação no âmbito da disciplina de ritos.

Em termos surpreendentemente similares aos empregados por Kelsen¹⁵, Müller (1999, p. 47) escreveu que o texto normativo

¹⁵ De fato, a ideia de “moldura da norma geral”, presente nos textos de Hans Kelsen (2003, p. 291), e aquela de “espaços normativos” [*normative Spielräume*], veiculada por Müller (1999, p. 44), parecem remeter a um mesmo fenômeno.

“dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do direito no âmbito de seu quadro”.

Estar-se-ia a estabelecer, como se vê, um “postulado da adequação material [*Sachgerechtigkeit*]”, uma etapa “da concretização material de prescrições jurídicas e da inclusão dos elementos materiais de normatividade na concretização” (MÜLLER, 1999, p. 55).

Quanto às normas de processo civil, cumpre, contudo, perguntar: quais são os elementos materiais que devem ser levados em conta na aplicação?

De fato, sempre se almejou compreender as normas processuais como juízos hipotéticos isoláveis de qualquer âmbito empírico de aplicação. Daí a preocupação pragmática com a área de realidade ligada à norma jurídica parecer, de todo, estranha à operação do processo.

Cumpre frisar que é exatamente esse aspecto não material das normas processuais que autoriza a aplicação imediata destas a processos já em curso.

Ao contrário, as normas constitucionais apresentam-se como compostas de elementos normativos e elementos “empíricos do nexó de aplicação e fundamentação do direito que decide o caso no processo de aplicação prática do direito”. Essas duas dimensões das normas constitucionais seriam, nesse sentido e na dicção de Müller, “multiplamente interdependentes e com isso produtoras de um efeito normativo de grau hierárquico igual”: “No âmbito do processo efetivo de concretização prática do direito, ‘direito’ e ‘realidade’ não são grandezas que subsistem autonomamente e por si” (MÜLLER, 1999, p. 49).

Ao prosseguir na exposição de sua metódica estruturante – e sempre em atenção à materialidade ínsita às normas constitucionais –, Müller afirmou que a aplicação do direito impõe “a análise do âmbito da norma” e o sopesamento “dos elementos do conjunto de fatos destacados como rele-

vantes no processo de concretização por via de detalhamentos recíprocos” (MÜLLER, 1999, p. 60).

A área da norma (ou âmbito da norma), segundo o autor, “é a estrutura básica do segmento da realidade que o programa da norma ‘escolheu para si’ como ‘sua’ área de regulamentação” (MÜLLER, 1995, p. 42).

Refira-se que a distinção entre programa da norma e área (ou âmbito) da norma consubstancia-se em uma das maiores contribuições de Müller (1999, p. 49-50) para a teoria do direito e para a metódica da aplicação das normas jurídicas:

“O âmbito da norma não é idêntico aos pormenores materiais do conjunto dos fatos. Ele é parte integrante material da própria prescrição jurídica. Da totalidade dos dados afetados por uma prescrição, do “âmbito material”, o programa da norma destaca o âmbito da norma como componente da hipótese legal normativa [*Normativtatbestand*]. O âmbito da norma é um fator co-constitutivo da normatividade. Ele não é uma soma de fatos, mas um nexó formulado em termos de possibilidade real de elementos estruturais que são destacados da realidade social na perspectiva seletiva e valorativa do programa da norma e estão via de regra conformação jurídica do âmbito da norma transcende a mera facticidade de um recorte da realidade extrajurídica. Ele não é interpretável no sentido de uma ‘força normativa do fático’. Com isso a norma jurídica prova ser um modelo de ordem materialmente caracterizado [*sachgeprägtes Ordnungsmodell*], esboço vinculante de um ordenamento parcial da comunidade jurídica que representa o enunciado jurídico em linguagem e na qual os fatores ordenante e ordenado necessariamente formam uma unidade e se complementam e reforçam reciprocamente de forma incondicional na práxis

da realização do direito. Uma regra jurídica produz o esboço vinculante de uma ordem materialmente caracterizada, que no entanto não se dissolve no fato dela ser materialmente determinada [*Sachgegebenheit*]. O âmbito da norma entra no horizonte visual da norma jurídica bem como da norma da decisão unicamente no enfoque indagativo determinado pelo programa da norma. Legislação, administração e tribunais que tratam na prática o âmbito da norma como normativo não sucumbem a nenhuma normatividade apócrifa do fáctico. O Tribunal Constitucional Federal (alemão) voltou-se com razão contra a acusação de que tal procedimento decorreria de um ‘sociologismo’ ou de que ele teria se devotado a uma metódica ‘não-jurídica’.

É importante notar que, ao introduzir o juízo de ponderação no âmbito da disciplina processual, submetendo-o à lógica da aplicação, o Anteprojeto postula a existência de um âmbito (ou área) da norma processual, em atenção ao qual o juiz está autorizado a flexibilizar a condução do processo.

Esse passo ulterior dado pelo Anteprojeto, não obstante, deve ser compreendido em consonância com o fato de a norma processual possuir um âmbito de regulação dificilmente perceptível ou, de qualquer modo, apenas distinguível do seu programa formal a partir de esforços não delineados com clareza pelo direito.

Essa peculiaridade das normas processuais, que as extremam daquelas que compõem o plexo normativo-constitucional, foi exposta com clareza por Müller (1999, p. 50-51):

“Em prescrições referentes à forma, em normas processuais ou organizacionais, em prescrições de remissão [*Verweisungsvorschriften*], definições legais [*Legaldefinitionen*] e em regulamentações com enunciado

jusdogmático-conceitual numérica ou individualmente determinado, os âmbitos das normas desaparecem por trás dos programas das normas. Quase nunca fornecem à práxis pontos de vista adicionais para a concretização. Mas quanto mais materialmente vinculada for uma norma, quanto mais partes integrantes não-geradas pelo direito contiver o seu âmbito da norma, tanto mais a sua implementação carecerá dos resultados de análises do âmbito da norma. No caso de prescrições de direito constitucional, os âmbitos da norma frequentemente são fecundos e possuem um peso decisivo para a concretização”.

O juízo de ponderação, seguindo essa forma de raciocínio, nada mais seria que o instrumento teórico com qual percorrer o espaço que medeia *programa* da norma e *área* da norma, espaço que, nas normas de direito processual, precisará ser delineado de forma precisa e controlável, exatamente em face de sua difícil identificação. Quais elementos de realidade presentes na área da norma, por exemplo, indicarão que “provas obtidas por meio ilícito” deverão ser admitidas como válidas?

A toda evidência, a ponderação prevista no art. 257, parágrafo único, do Anteprojeto não se fará em um âmbito meramente textual, visto não se tratar de considerar admissível a prova ilícita em face desta ou daquela interpretação de um princípio ou direito fundamental.

Do que se cuida é da aferição (ou previsão, prognose) de danos concretos a princípios e direitos fundamentais que podem derivar da inadmissibilidade da prova colhida por meio ilícito. Em outras palavras, os motivos que, eventualmente, justificariam a admissibilidade da prova – os quais, se admissíveis, devem ser excepcionalíssimos – devem ser auferidos na área da norma, e não a partir da construção retórica do significado de preceitos fundamentais.

Cumpra chamar atenção para o fato de a jurisprudência do STF ter orientação sendimentada no sentido de que “a ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilícitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do ‘*due process of law*’”¹⁶.

O caso relatado pelo Ministro Celso de Mello dizia respeito à apreensão de livros contábeis e documentos fiscais realizada, em escritório de contabilidade, por agentes fazendários e policiais federais sem mandado judicial. A partir da prova obtida, o Ministério Público iniciou a persecução penal, por ter constado a possível existência de ilícitos tributários.

Confira-se o que assentado pelo Ministro Celso de Mello, sobre o tema, na ementa do acórdão:

“ILICITUDE DA PROVA - INADMISIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. - A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilícitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do ‘*due process of law*’, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A ‘*Exclusionary Rule*’ consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede

processual penal. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em conseqüência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do ‘*male captum, bene retentum*’. Doutrina. Precedentes. - A circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do legítimo desempenho de tais prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes em particular. - Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contrariem os postulados consagrados pela Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem, de modo estrito, os limites - inultrapassáveis - que restringem os poderes do Estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros”.

Cumpra, ainda, verificar as palavras empregadas pelo Ministro Celso de Mello no corpo de seu voto, por meio das quais veementemente repele o uso das provas ilícitas:

¹⁶ STF - Segunda Turma - HC n. 93.050/RJ - Rel. Min. Celso de Mello - DJU 1.8.2008.

“A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. A prova ilícita, qualificando-se como providência instrutória repelida pelo ordenamento constitucional, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica”¹⁷.

É factível perceber que, por meio da ponderação prevista no parágrafo único do artigo 257 do Anteprojeto, a União poderia buscar a admissão da prova ilícita numa ação judicial para cobrar o tributo cuja sonegação se apurou mediante a ilícita medida cautelar de busca e apreensão.

E o pior, o contribuinte, mesmo submetido a uma ilegal medida constritiva do Estado, ou seja, mesmo diante de um direito fundamental transgredido, pode ver o Estado se aproveitar da ilegal conduta para constrangê-lo ao pagamento do tributo.

E isso tampouco valerá para todos os contribuintes, já que caberá ao juiz, em cada caso, à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos, definir pela admissão ou não da prova.

Nesse momento, cabe reter a premissa sobre o pragmatismo de que “qualquer que seja a validade da técnica do pragmatismo, esta não leva a uma grande certeza na aplicação da lei” (WEBB, 2010, p. 23).

Brian Tamanaha (2004, P. 122), acerca da legalidade formal, destaca:

“A legalidade formal é talvez melhor apreciada em comparação a casos em que ela não se faz presente. Na falta de alguma fonte de previsibilidade (como diante de questões morais ou costumes), não saber como autoridades públicas irão reagir a uma conduta, de natureza comercial ou não, é estar permanentemente inseguro. Sociedades que implementam a legalidade formal deveriam ser

aclamadas por reduzir o desagradável estado de incerteza”.

Por fim, ainda sobre a exclusão da prova ilícita, vale observar as palavras de Laurence Tribe (1984-1985, p. 155), professor de Harvard:

“Para tornar as coisas claras, eu creio que sirva de auxílio observar mais detidamente os casos envolvendo o processamento de crimes, porque existe uma profunda falácia na abordagem custo-benefício da Corte para os casos de busca e apreensão que foram rapidamente observados na maior parte deste comentário. Deixe-me focar nestes casos. Farei isto mediante a comparação da situação antes e depois da decisão da Corte no sentido de que, apesar de a prova ter origem ilícita, deve ser admitida se a ilegalidade resultou de um erro ‘razoável’ baseado num mandado ilegal. A situação anterior que muda, é claro, é que a busca e apreensão ilegal ocorreu e que o réu, aparentemente culpado, saiu livre. E a reação da Corte para isto em substância foi: que péssimo. Isto é uma coisa horrível. Isto é um custo. Os benefícios compensam este custo?

Agora, pergunte a si mesmo o que acontece quando a Corte altera o seu ponto de vista para, pode-se dizer, tornar a situação não mais péssima. Qual é a situação que permite a prova ser admitida? Existem apenas duas possibilidades. Uma possibilidade é que buscas e apreensões ilegais continuarão a ocorrer (porque todas as previsões possíveis que nós encontraremos ou formas alternativas de detê-las serão falçadas), e que réus culpados serão punidos como um resultado direto e conseqüente da violação constitucional. Nós teremos mais pessoas presas pois a Constituição foi violada. Então, há um custo médio ou um ganho médio? Isto depende do

¹⁷ Idem.

que você considera a Constituição, eu suporia.

Mas existe uma outra possibilidade, a que propõe a revogação da *exclusionary rule*. Alega-se que alternativas efetivas para esta perversa *exclusionary rule* seriam encontradas e que, assim, se deteriam as ilegais medidas de busca e apreensão: a ameaça de se processarem policiais, por exemplo, ou a modificação dos métodos educacionais que são usados no treinamento policial. Bem, vamos supor que esta proposição esteja correta. Vamos dar a ela benefício da dúvida. Se ela está correta, então o que ocorre? O que ocorre é que nenhuma medida de busca e apreensão é cometida. A Polícia não encontra provas. O réu não é preso. O criminoso, você notará, da mesma forma não será punido.

Mas o público não identifica um suspeito aparentemente criminoso saindo livre. Ninguém vê o suspeito; ele ainda não foi preso. O público está menos descontente com a regra de que as provas ilícitas não são admitidas, menos descontente com o Judiciário – mas somente está sendo enganado, somente está sendo zombado, somente o custo público de deixar um réu solto foi transmutado para um custo invisível de não prendê-lo na rua em primeiro lugar. A Corte atual está nos dizendo que o engano é um benefício. E o que diz em troca sobre a nossa concepção de nós mesmos e da Constituição? A questão real é que os casos de *exclusionary rule* não estão no balanço marginal de custos e benefícios, termos de incremento de retrocesso. É a virtude de nos enganar sobre o preço que pagamos por ter uma Constituição que diz que, em algumas circunstâncias, você não deve realizar uma busca e apreensão.

O que a Corte fez – o que a maioria dos comentadores destas decisões parecem não ter notado – foi, de uma forma sutil, redefinir a nossa concepção de nós mesmos. A Corte está dizendo que nós somos uma sociedade que quer ser enganada. Nós não queremos ver o espetáculo de o réu sair livre.

Então, a questão real em casos como o de *exclusionary rule* é: qual o tipo de sociedade que desejamos ser? Nós queremos abertamente e publicamente pagar o preço pela décima quarta emenda¹⁸ – talvez até mesmo emendar a Constituição para excluir a emenda se não gostamos do preço que pagamos por ela? Ou queremos empurrá-la para debaixo do tapete? É bastante típico, penso eu, do modelo de custo-benefício que essas questões – qual o tipo de sociedade nós nos tornamos quando declaramos o que é custo e o que é benefício? – sejam submergidas”.

Aqui, cumpriria perguntar: é menos invasiva da privacidade da pessoa humana a escuta ilegal instalada por um sócio ou pelo cônjuge do que aquela instalada pela polícia? O passar-se ao plano da sanção civil, em que as consequências podem ser tão graves quanto no plano da sanção penal (pense-se nas sanções cominadas pela lei de improbidade), justifica que seja ela apoiada na invasão da privacidade da pessoa?

Levado a esse ponto, o direito processual está a realizar o ideal da efetividade e celeridade do processo à custa da exclusão

¹⁸ O item 1 da Décima Quarta Emenda à Constituição dos EUA tem a seguinte redação: “1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.”

da influência dos direitos fundamentais sobre as relações estabelecidas sob regime de direito privado ou, até mesmo, de direito público, quando envolverem interesses patrimoniais do Estado.

Tudo está a revelar, portanto, que surgem dificuldades na transposição da lógica da aplicação mediante a ponderação pragmática do campo constitucional para a disciplina processual civil; dificuldades que não surgem de uma visão ortodoxa e formalista do processo, mas, ao contrário, da singela constatação do *gap* revelado entre a metódica constitucional e a compleição e função das normas que regulam o processo civil.

Quando menos, essa inadequação teórica importará a necessidade de discussão e estudos, no âmbito da doutrina e da jurisprudência, com vistas a elaboração de fórmulas previsíveis mediante as quais se possa levar, a cabo e a controle, a operação do novo arcabouço de instrumentos procedimentais, evidentemente carreado do processo constitucional e da aplicação da Constituição para o Anteprojeto.

3. Considerações finais

De tudo quanto se vem de expor, podem ser extraídas algumas conclusões.

Em primeiro lugar, parece correto reconhecer que o Anteprojeto integra-se à corrente contemporânea consciente de que grandes teorias tendem ao colapso quando os cenários factuais se multiplicam¹⁹, importando, ademais, no reconhecimento de que a flexibilidade é uma característica positiva para o processo.

Conclui-se, além disso, que a importância do juízo de ponderação – bem como de outros institutos do processo constitucional (audiências públicas, *amici curiae*, modulação de efeitos, etc.) –, pelo Anteprojeto,

¹⁹ Rescher (1993, p. 58), a esse respeito, escreveu: “nós vivemos em um mundo de realidades recalculadas, não em um meio de possibilidades abstratas e ideais teóricos”.

manifesta uma clara filiação à ideia de condução instrumental e pragmática do processo civil, o que, como se referiu, apenas põe em termos legislativos a prática jurisprudencial, mais ou menos consciente, de nossa Suprema Corte.

Importaria referir, por fim, que, mesmo apressada, a incursão na teoria da aplicação das normas constitucionais revela a plêiade de desafios que serão apresentados ao aplicador, agora confrontado pela obrigação de emprestar condução materialmente orientada ao processo, sem que se saiba, ao certo, em que medida se pode identificar a área de uma norma processual.

Referências

BRANCO, Paulo. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva: IDP, 2009.

BREYER, Stephen. *Making our Democracy Work*. New York: Knopf, 2010.

COMPERNOLLE, J. *Nouveaux itinéraires en droit: hommage à F. Rigaux*. Bruxelles: Bruylant, 1998.

GOESEL-LE BIHAN, Valérie. Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et l'Étranger*, Paris, v. 20, 2004.

GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HASHIMOTO, Dean. *Science as Mythology in Constitutional Law*. Oregon Law Review, Eugene, v. 76, n. 1, p. 111-153, Spring 1997. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/orglr76&div=10&g_sent=1&collection=journals>. Acesso em: 10 fev. 2010.

HOLMES, Oliver Wendell. *The Path of Law*. In: _____. *Collected Legal Papers*. Mineola, N.Y.: Dover, 2007. p. 167.

KELSEN, Hans. *What is Justice?* In JACOBSON, Arthur et al. (Ed.) *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*. Berkeley: University of California Press, 2000.

_____. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MOOR, Pierre. *Systématique et illustration du principe de proportionnalité*. In: *LES DROITS individuels et le juge en Europe : mélanges en l'honneur de Michel*

Fromont. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. *Direito, Linguagem, Violência*. Porto Alegre: S. Fabris, 1995.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1.

_____. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. I, de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. v. 1.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1.

POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

POUND, Roscoe. Administrative Application of Legal Standards. *Reports of the American Bar Association*, Chicago, v. 44, p. 440-, 1919.

_____. Mechanical Jurisprudence. *Columbia Law Review*, New York, v. 8, n. 8, p. 605-623, 1908. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/clr8&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/clr>>. Acesso em: 11 set. 2010.

RESCHER, Nicholas. *Pluralism: Against the Demand for Consensus*. Oxford: Clarendon Press, 1993.

RUGGERI, Antonio. *Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretaone costituzionale*. *Ars Interpretandi*: annuario di ermeneutica giuridica, Padova, p. 261-324, 2002.

SULLIVAN, Thomas; FRASE, Richard. *Proportionality in American Law: Controlling Excessive Government Actions*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

SUMMERS, Robert. Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought: a synthesis and critique of our dominant general theory about law and its use. *Cornell Law Review*, Ithaca, v. 66, p. 861-948, 1981. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/clq_v66&div=45&size=4&collection=journals&set_as_cursor=26&men_tab=srchresults#27_src>. Acesso em: 10 set. 2010.

TAMANAH, Brian. *On The Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

TRIBE, Laurence. Seven Deadly Sins of Straining the Constitution Through a Pseudo-Scientific Sieve. *Hastings Law Journal*, v. 36, p.155-166, 1984-1985. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hastlj36&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/hastlj>>. Acesso em: 11 set. 2010.

TRIDIMAS, Takis. *The General Principles of EU Law*. New York: Oxford University Press, 2006.

WEBB, Thomas et. al. *The New Zealand Legal System*. 5. ed. Wellington: LexisNexis. 2010.

WOOLHANDLER, Ann. Rethinking the Judicial Reception of Legislative Facts, 41 *Vanderbilt Law Review*, v. 41, p. 111-114, 1988. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/vanlr41&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/vanlr>>. Acesso em: 15 maio 2010.

Os valores celeridade processual e segurança jurídica no projeto de novo Código de Processo Civil

Paulo Roberto de Gouvêa Medina

Sumário

1. Introdução. 2. O valor celeridade processual: normas tendentes a consagrá-lo; ponderações necessárias. 3. O valor segurança jurídica: louváveis inovações e uma preocupante ameaça. 4. Considerações finais.

1. Introdução

A eficiência da prestação jurisdicional ocorre quando a sua entrega se dá no momento oportuno, de forma que a pretensão deduzida pelo autor seja atendida a tempo, pondo-o a salvo, quando for o caso, dos desdobramentos da lesão que vinha sofrendo. Para que esse desiderato seja alcançado, o processo judicial deve tramitar com a desejável celeridade e não de ser coibidos expedientes de que o réu possa valer-se para obstar o resultado final. Isso precisa ser feito, no entanto, sem sacrifício da qualidade da decisão que se postula e sem risco para a segurança jurídica – valor essencial ao Direito¹.

Ultimamente, entre nós, as preocupações têm-se voltado, por compreensíveis motivos, para a busca da celeridade processual. De antiga aspiração dos jurisdicionados foi esse valor alçado ao *status* de prin-

¹ Radbruch (1979, p. 180) assevera: “Se a justiça é a segunda grande preocupação do direito, a primeira não pode deixar de ser a da segurança, da paz e da ordem social.”

cípio constitucional. A Emenda nº 45/2004 incorporando ao texto da Constituição o inciso LXXVIII nele dispôs que *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*

Vem de longe, no entanto, a ênfase atribuída pelos processualistas ao valor celeridade processual. Francisco de Paula Baptista (1872, p. 65), ao indicar as *condições inerentes ao processo*, salientava: “Brevidade, economia, remoção de todos os meios maliciosos e supérfluos, tais são as condições que devem acompanhar o processo em toda a sua marcha. Assim, todos os atos, dilações, demoras, despesas inúteis são aberrações do regime judiciário em prejuízo do interesse dos indivíduos, das famílias e da sociedade.”

Não se trata, pois, de algo que só agora passasse a merecer as atenções dos estudiosos ou dos legisladores. É inegável que a causa determinante das preocupações atuais – a malfadada morosidade judicial – cresce de importância à medida que aumenta, em progressão geométrica, o número de processos submetidos, ano a ano, ao Judiciário. A ampliação dos quadros desse Poder e a criação de novos órgãos, como os Juizados Especiais, não têm sido capazes de atender à expectativa dos jurisdicionados. Aumenta, entre estes e no seio dos advogados, a insatisfação com o funcionamento da Justiça.

Até que ponto esse fenômeno seria uma característica do Judiciário brasileiro, em comparação com o de outras nações do mundo contemporâneo? Quais os fatores responsáveis pela lentidão da Justiça? Estariam eles na estrutura e na dinâmica do Judiciário ou resultariam das leis processuais, das delongas dos procedimentos, do excesso de incidentes e de recursos?

José Carlos Barbosa Moreira, com a autoridade de respeitado processualista e a visão de quem domina, como poucos, o direito comparado, observa que o tema da morosidade judicial tem dado margem, entre nós, a certas distorções, a ponto de

incutir no espírito de muitos “a crença, bastante difundida, de que se cuida de fenômeno exclusivamente brasileiro, ou quando nada de que a posição de nosso país, na escala planetária, é aí tão escandalosamente ruim como a que lhe cabe em tema de distribuição de renda.” Aí residiria, segundo o ilustre jurista, um dos mitos que cercam a Justiça, no Brasil (MOREIRA, 2010, v. 5, p. 1/13-2).

Adverte, a esse propósito, o Prof. Barbosa Moreira (2010, v. 5, p. 5): “Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.”

Já se vê, portanto, que a conjugação dos dois valores – *celeridade processual/segurança jurídica* – mostra-se indispensável para alcançar-se uma boa prestação jurisdicional.

Não há que perder de vista o sentido garantístico do processo moderno, fruto de uma evolução que não deve ser desprezada nem pode admitir retrocessos, ainda que em atenção a outros valores.

João Monteiro, muito antes que o processo fosse assim concebido, já alertava para a circunstância de que “o melhor sistema de processo será aquele que o fizer pronto, simples e efetivamente garante da final estabilidade das relações de direito” (MONTEIRO, 1956, t. 1, p. 275).

Em suma, a celeridade processual é, em si mesma, uma aspiração a que o processo deve corresponder para, mais rapidamente, realizar o seu fim precípua, que é o de garantir a estabilidade das relações jurídicas.

2. O valor celeridade processual: normas tendentes a consagrá-lo; ponderações necessárias

Pode-se dizer que o projeto de Código de Processo Civil ora em tramitação no

Congresso Nacional nasceu sob o signo da celeridade processual.

Na apresentação do trabalho preliminar, consubstanciado em *Decisões acerca das proposições temáticas*, o eminente Ministro Luiz Fux, Presidente da Comissão que o elaborou, disse clara e incisivamente: “A ideologia norteadora dos trabalhos da Comissão foi a de conferir maior celeridade à prestação da justiça.” De outra parte, o projeto teve também por escopo a busca de “instrumentos capazes de reduzir o número de demandas e recursos que tramitam pelo Poder Judiciário” (COMISSÃO DE JURISTAS, 2010, p. 7).

Vários dispositivos do projeto, segundo o texto aprovado pelo Senado Federal, contêm comandos no sentido de que a celeridade é um valor que norteia o processo civil.

Na linha do preceito constitucional citado, o art. 4º estabelece que “as partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa”.

O art. 118, regulando o comportamento processual do juiz, diz, logo no inciso I, que lhe incumbe “promover o andamento célere da causa”. A disposição, embora equivalente no sentido, é de teor mais incisivo que a constante do art. 125, II, do Código atual.

O art. 123 declara o *juiz responsável por perdas e danos*, quando “recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte”. Norma do mesmo teor já figura no Código vigente (art. 133, II). De qualquer modo, o dispositivo ganha maior dimensão no contexto do projeto.

Contribuindo para agilizar a comunicação processual, o projeto adota os *meios eletrônicos* para que se realizem a citação (art. 215, V) e as intimações (art. 242).

No que não nos parece atender ao imperativo da celeridade é na disciplina que atribui à intimação do defensor público, que, segundo o projeto, há de ser pessoal (art. 161, § 1º). Embora a Lei Complemen-

tar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, assim já disponha (cf. arts. 44, I; 89, I; e 128, I) e apesar de gozarem do mesmo privilégio os advogados da União e os procuradores da Fazenda Nacional (Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, art. 38), pensamos que isso, na prática, conspira contra a celeridade, porque faz depender do comparecimento à Secretaria do Juízo do advogado ou procurador para que ele seja intimado. Ora, as instituições públicas a que pertencem os defensores, advogados da União e procuradores da Fazenda, tanto quanto os escritórios de advocacia, podem contar com serviços de acompanhamento de processos, que os dispensem de semelhante privilégio. Salvo em relação ao Ministério Público, pela natureza especial de suas funções e pela circunstância de que só excepcionalmente seus membros atuam como parte, no processo civil, pensamos que, em nome da igualdade de tratamento entre os que postulam em Juízo e do princípio da celeridade processual, seria esse o momento de abolir tal exigência quanto ao modo de efetivar-se a intimação dos advogados públicos.

As inovações mais diretamente ligadas à celeridade processual consubstanciam-se nos institutos da *tutela de urgência* e da *tutela da evidência*, objeto do Título IX do Livro I.

A tutela de urgência tem caráter cautelar, podendo ser deferida com eficácia satisfativa. Com a sua introdução no sistema do código, pretende-se dar tratamento mais simples à tutela que, tradicionalmente, se efetivava por meio das ações cautelares, das quais seria aquela um sucedâneo.

A tutela da evidência é instituída como se as hipóteses que a comportam fossem da mesma natureza das que ensejam a tutela de urgência. Daí o tratamento conjunto que o projeto atribui a ambas as formas de tutela, no referido Título.

Antes de tudo, a denominação adotada – *tutela da evidência* – não parece de boa técnica. Com efeito, o que se tutela é sempre o direito. Falar em tutela da evidência, ain-

da que por metonímia, não se nos afigura correto.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Midiero (2010, p. 108-110), observando que a denominada tutela da evidência envolve formas de cognição sumária e de cognição exauriente, recomendam que a hipótese referente a essa última – a do inciso II do art. 285 do texto originário, que corresponde ao inciso II do art. 278 do projeto aprovado pelo Senado – seja tratada entre os casos de julgamento antecipado – ou imediato, segundo o novo texto – da lide (art. 353 do texto originário e art. 341 da última versão do projeto). As demais hipóteses que, segundo o projeto, possibilitariam a tutela da evidência são hipóteses de defesa inconsistente, caracterizando, portanto, abuso no exercício do direito de defesa – o que, no Código vigente, enseja tutela antecipada (art. 273, II).

A nosso ver, as hipóteses disciplinadas como de tutela da evidência são, efetivamente, espécies do gênero tutela antecipada, podendo ser tratadas como tal, sem que seja preciso forjar denominação imprecisa e mal posta para definir o tipo de tutela correspondente.

De qualquer sorte, é fora de dúvida, como notaram os autores citados, que a primeira situação a ensejar a tutela da evidência, no sistema do projeto, distingue-se claramente das demais. Aquela, positivamente, não se justifica pela evidência do direito, mas pela conduta da parte contra a qual esse direito é invocado².

² Ficou assim redigido, no projeto aprovado pelo Senado, o dispositivo que indica as hipóteses de tutela da evidência:

Art. 278. A tutela da evidência será concedida, independentemente da 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

Na mesma linha da preocupação com a celeridade processual, o projeto prevê que o juiz julgue *liminarmente improcedente o pedido que se fundamente em matéria exclusivamente de direito, independentemente da citação do réu, se este contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou acórdão desses Tribunais em julgamento de recursos repetitivos*, ou, ainda, *entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (art. 307)*. Trata-se de hipóteses de *improcedência liminar do pedido*, compreendidas, sob essa epígrafe, no Capítulo III do Título II, no Livro II, conforme o texto aprovado pelo Senado³.

Dessa forma, o projeto atribui tratamento mais racional à polêmica solução dada pela Lei nº 11.277/2006 ao indeferimento liminar da petição inicial que contrarie precedente judicial, por meio da inserção, no Código vigente, do art. 285-A. Para este, basta o fato de *no juízo já haver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos* para autorizar o indeferimento liminar, mediante a reprodução do teor da sentença anteriormente prolatada. É o que chamamos de *sentença emprestada*, instrumento de uma celeridade à *outrance*, que atenta contra o princípio da segurança jurídica (MEDINA, 1020, p. 135-152).

Ponto central do projeto no que se refere à celeridade processual é o *incidente de resolução de demandas repetitivas* (Capítulo VII do Título I do Livro IV, arts. 930/941, conforme o texto aprovado pelo Senado). O relator da matéria, no Senado Federal, eminente

IV – a matéria for unicamente de direito e houver tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em 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.

³ A referida epígrafe é de melhor técnica que a do texto originário, que usava a terminologia *rejeição liminar da demanda* (v. art. 317 daquele texto).

Senador Valter Pereira, ao manifestar-se pela rejeição de emenda contrária à inovação, salientou que esse é “um dos núcleos fundamentais do projeto de lei” e concluiu dizendo “que certamente será uma das maiores contribuições do novo Código para solucionar, pelo menos em parte, os problemas da morosidade e da falta de efetividade do processo” (PROJETO..., 2011, p. 190).

O incidente de resolução de demandas repetitivas será 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.” (art. 930). Poderá ser suscitado *pelo juiz ou relator, de ofício*, assim como *pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição*. (art. 930, § 1º). Uma vez admitido, o incidente implicará “a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo grau de jurisdição”, no território jurisdicional respectivo (art. 934), podendo a suspensão estender-se a “todos os processos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente”, por decisão do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça (art. 937, *caput*). A tese jurídica prevalecente no julgamento do incidente “será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal” (art. 938, *caput*), podendo ser estendida, em casos de recurso extraordinário ou de recurso especial, “a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem em todo o território nacional.” (art. 938, parágrafo único). No curso do procedimento, o relator do incidente “ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia”, devendo o Ministério Público manifestar-se no processo (art. 935). O projeto estabelece o “prazo de seis meses” para que o incidente seja julgado (art. 939, *caput*).

Observam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero que o incidente assim instituído “constitui na essência incidente de uniformização de jurisprudência com caráter vinculante” e procedimento aberto à “participação da sociedade civil em geral” (MARINONI, 2010, p. 177-178). Os autores mostram-se céticos, porém, quanto aos resultados da inovação, no que diz respeito à redução do número de processos que aparecem nas estatísticas do Judiciário (Idem, p. 178).

Sem dúvida, em tese, o incidente de resolução de demandas repetitivas está voltado, a um tempo, para os dois valores de que, aqui, nos ocupamos, destinando-se a favorecer a celeridade processual, à medida que evite o prosseguimento de causas em torno de teses jurídicas já pacificadas, assim como a garantir a segurança jurídica, na proporção em que afaste o risco de entendimento volúvel e instável acerca de determinadas questões. Pela natureza mesma de incidente processual, poderá, no entanto, na prática, acarretar maiores delongas ao desfecho das lides. Outro temor que se pode ter, em face dessa nova forma de julgamento, é o de que, em muitos casos, ela ponha em xeque a observância do princípio do contraditório, deixando à margem do julgamento particularidades do caso concreto.

Isso não significa, contudo, que não se reconheçam os elevados propósitos da inovação. É sempre delicado opor reparos a soluções que nascem fadadas a ganhar aceitação geral. A ninguém é bom ser visto, em situações semelhantes, como o velho do Restelo...

3. O valor segurança jurídica: lowáveis inovações e uma preocupante ameaça

O legislador, cuidando de imprimir maior celeridade ao processo, não perdeu de vista o valor segurança jurídica.

Cumprido destacar, a esse respeito, o tratamento dado ao princípio do contraditório.

Sintonizado com a ideia de que o contraditório não se restringe à bilateralidade de audiência entre as partes, conforme o velho adágio exprime (*audiatur et altera pars*), mas exige, sobretudo, a possibilidade de efetiva participação de ambos os litigantes nos atos preparatórios da decisão, de forma que sobre esta possam influir com as suas razões, o projeto dedica quatro importantes artigos a esse princípio constitucional – os arts. 5º (segundo o qual “as partes têm direito de participar ativamente do processo”), 7º (que assegura às partes “paridade de tratamento”), 9º (que impede seja proferida “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 do direito”) e 10 (que proíbe o juiz, em qualquer grau de jurisdição, ainda que agindo de ofício, “decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar”).

O Senado aperfeiçoou o texto originário, que continha, no art. 7º, *in fine*, disposição dúbia e inconveniente – suscetível de comprometer a imparcialidade do juiz –, segundo a qual cumpriria ao magistrado “velar pelo efetivo contraditório em casos de hipossuficiência técnica”.

Na mesma linha de orientação se insere o disposto no art. 291: “Antes de proferir sentença sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.” A norma, assim assegurando o contraditório, cerca da necessária cautela a decretação de nulidades, reforçando o princípio de que o reconhecimento dessas somente deve ocorrer por exceção.

Sem dúvida, o projeto dá um passo adiante no que tange à disciplina do contraditório, contribuindo, dessa forma, para resguardar a segurança jurídica no processo.

Outra regulamentação digna de encômios é a que o projeto confere à *motivação das decisões judiciais*.

Como já notamos, alhures, o *princípio da motivação*, tal como consagrado no texto constitucional (art. 93, IX), representa importante *garantia processual* (MEDINA, 2010, p. 48). Sua observância dá às partes a certeza de que sua causa teve apreciação criteriosa, as razões invocadas foram objeto de exame, os fatos mereceram análise detida e as razões de decidir, se não correspondem à expectativa que formavam quanto ao desfecho da lide, ao menos lhes possibilitam recorrer com segurança.

O projeto rejeita a motivação meramente formal ou feita para constar. No art. 476, parágrafo único, preceitua:

“Parágrafo único. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que:

I – se limita à 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 [*rectius*: não enfrente] todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.”

Os três primeiros incisos do parágrafo transcrito proscrevem vícios da motivação que são da mesma natureza daquele para o qual Lopes da Costa (1959, p. 296) advertia, ao dizer: “Não é motivação, mas desta simples aparência, dizer o tribunal que confirma a decisão de primeira instância, por ser conforme ao direito e à prova dos autos. É um círculo vicioso, um *idem per idem*.” Quem simplesmente afirma, no máximo emite um juízo; a motivação verdadeira requer uma demonstração – concluía o eminente processualista.

O espírito do que preceitua o último inciso corresponde à seguinte recomendação do mesmo autor: “Deve, pois, [a sentença] examinar todas as alegações que as partes

haja considerado essenciais, mesmo que essenciais ao juiz não pareçam. Um fato considerado não essencial em primeira instância pode ser considerado de importância pelo juiz do recurso” (COSTA, 1959, p. 296).

A redação do dispositivo em análise pode – e deve – ser aprimorada. Como quer que seja, interpretadas segundo o seu espírito, as disposições do projeto sobre a matéria representarão significativa contribuição ao princípio da segurança jurídica.

O escopo de preservar a uniformização e a estabilidade da jurisprudência, incentivando a edição de súmulas da jurisprudência predominante, estabelecendo que os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores a que estiverem vinculados e que a jurisprudência firmada deve nortear as decisões dos órgãos judiciários de qualquer nível (art. 882), é outro ponto positivo do projeto, com vistas à segurança jurídica. O mecanismo de assunção de competência por órgão colegiado do tribunal que o Regimento Interno indicar, de forma que se previna ou componha-se divergência, em torno de relevante questão de direito (art. 900), pode, igualmente, contribuir para tanto. Será importante, naturalmente, evitar que esses procedimentos não estanquem a evolução da jurisprudência nem incorram no vício de normatizar entendimentos jurídicos, a qualquer pretexto, levando ao paroxismo a vinculação aos precedentes judiciais. É inegável que caminhamos no sentido de adotar, cada vez mais, praxes do sistema da *common law*. Mas a consagração do *stare decisis* deve ocorrer com o tempo e como fruto da experiência, não de forma impositiva ou artificial.

Se tão alvissareiros se mostram os dispositivos comentados do ponto de vista da segurança jurídica, o mesmo não se pode dizer, infelizmente, quanto à regra que o projeto adota em matéria de efeitos dos recursos. Em razão do que preceitua o art. 949, no *caput*, os recursos, em geral – in-

clusive o de apelação – passam a ter efeito meramente devolutivo.

O citado artigo está assim redigido:

“Art. 949. Os recursos, salvo disposição legal em sentido diverso, não impedem a eficácia da decisão.”

Não se trata, propriamente, de uma novidade, que houvesse surgido, *ex abrupto*, no texto do anteprojeto. A ideia já vinha germinando, nos últimos anos. Jovens processualistas se puseram em sua defesa, ao mesmo tempo que investiam contra o princípio do duplo grau de jurisdição, por alguns apodado de “mito” ou de “dogma superado”. De nossa parte, logo que proposição nesse sentido surgiu no bojo de projeto de reforma do Código vigente, a ela opusemos reparo (MEDINA, 2010, p. 483-495). Um dos projetos de reforma do Código de Processo Civil ainda pendentes de aprovação no Congresso Nacional até o advento do projeto ora em exame insistia nessa solução.

No texto que, há mais de dez anos, escrevemos sobre o assunto, ponderávamos que a execução imediata da sentença de primeiro grau, na pendência da apelação, seria admissível se, no Brasil, à semelhança do que ocorre em alguns países europeus, as causas mais complexas fossem julgadas, originariamente, por órgãos colegiados. No sistema de juízos monocráticos de primeiro grau, como o nosso, seria temerário autorizar a execução provisória da sentença em todas as causas, ressalvadas as hipóteses em que, a critério do juiz ou do tribunal, se atribuísse efeito suspensivo ao recurso interposto. O procedimento assim estabelecido como regra não seria consentâneo com o princípio do duplo grau de jurisdição, de tradição tão arraigada entre nós.

A inovação que se pretende adotar romperia com o vetusto princípio – *appellatione pendente nihil innovandum* – que seria desejável preservar, como regra. Eduardo Couture, recordando esse princípio, observa que a atribuição de efeito suspensivo à apelação – recurso, por natureza, desti-

nado a assegurar o duplo grau –, é uma consequência que *“fluye directamente de la esencia misma de la segunda instancia. Si ésta es, como se há sostenido, un procedimiento de revisión sobre los vicios posibles de la sentencia, lo natural es que tal procedimiento sea prévio a la ejecución y no posterior, cuando la sentencia se ha cumplido y sus efectos sean, acaso, irreparables”*(COUTURE, 1972, p. 370-371).

Não se despreza impunemente a natureza das coisas. Ainda mais quando se trata de adotar inovações legislativas da gravidade dessa de que, aqui, se cogita. Seria mister que, ao fazê-lo, ao menos se partisse de um estudo prévio ou de um levantamento estatístico suscetível de indicar que, de modo geral, as sentenças de primeiro grau são confirmadas pelos tribunais. Para isso adverte o Prof. José Carlos Barbosa Moreira (2010, v. 5, p. 472): *“Sem essa averiguação prévia, a alteração radical do regime assemelhar-se-á a um tiro no escuro: pode até ser que atinja o alvo sem provocar dano indesejável – mas por mero acaso...”* Diríamos ainda: a valorização que, por essa via, se intenta atribuir às sentenças de primeiro grau pressupõe certa uniformidade de critérios na escolha dos juízes, em todo o território nacional, e requer também aperfeiçoamento do sistema de formação de magistrados, mediante frequência, com aproveitamento comprovado, a cursos preparatórios, à semelhança do que já ocorre em alguns países, como França e Costa Rica. Não há despreço a ninguém em dizer que o nosso sistema de recrutamento de juízes padece, ainda, de muitas falhas. A experiência, na verdade, é que os vai formando, com o tempo. Por isso, a garantia de que as sentenças de primeiro grau poderão, em regra, ser revistas, em grau de recurso, antes de serem executadas, ainda que provisoriamente, dá aos jurisdicionados maior segurança.

Ademais, ao fazer depender de decisão do relator a atribuição de efeito suspensivo ao recurso (art. 949, § 1º), o projeto cria incidente processual destinado a esse fim – o que pode estabelecer embaraço à tramitação do recurso, conspirando contra a celeridade processual. É certo que, ao disciplinar o pe-

dido de suspensão, *em petição autônoma*, cuja distribuição, no tribunal, tornará prevento o relator escolhido (§ 2º), o projeto cuida de dispor que, em se tratando de apelação, *“o protocolo da petição a que se refere o § 2º impede a eficácia da sentença até que seja apreciado [o pedido de suspensão] pelo relator”* (§ 3º). Mas, isso não afasta os inconvenientes da solução de só atribuir efeito suspensivo à apelação em caráter excepcional ou *“se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso, ou, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação”* (art. 949, § 1º).

4. Considerações finais

É inegável que o projeto de Código de Processo Civil cujo texto foi aprovado pelo Senado Federal traz consideráveis avanços no que se refere à celeridade processual. E não deixa de cercar a tramitação e o desfecho dos processos de cuidados tendentes a resguardar a segurança jurídica.

Há, no projeto, todavia, dispositivos e institutos cuja formulação requer, ainda, maiores debates. É de esperar que isso ocorra na Câmara dos Deputados e, voltando o texto ao Senado, deste possa merecer consideração detida e criteriosa, como é da tradição daquela Casa. Os subsídios da doutrina acerca das inovações introduzidas no projeto hão de contribuir também para que a aprovação final do texto logre escoimá-lo de certas impropriedades.

Se a celeridade a imprimir ao curso dos processos foi um escopo visado desde o início da elaboração do projeto, a segurança jurídica não poderá ser desprezada, ao cabo do trabalho legislativo.

Há que encontrar o equilíbrio desejável entre os dois valores. Sem dúvida, *“justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”*, conforme a conhecida frase de Rui Barbosa. Mas justiça açodada justiça também não é, porque carente de um elemento essencial a qualquer julgamento justo, que é o respeito à verdade de ambos os litigantes. Só há Direito quando, no

curso do processo, se respeitam os direitos invocados pelas duas partes.

Referências

BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de theoria e pratica do processo civil comparado com o comercial*. Recife: Livraria Acadêmica e Livraria Industrial, 1872.

CÓDIGO de processo civil: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

COMISSÃO DE JURISTAS. *Novo código de processo civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1972.

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

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. Duplo grau de jurisdição e efeito suspensivo. In: _____. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei n. 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Sentença emprestada: uma nova figura processual. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 31, n. 135, p. 152-160, maio 2006.

MONTEIRO, João. *Teoria do processo civil*. 6. ed. Atualizada por J. M. Carvalho Santos. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 5.

_____. O futuro da justiça: alguns mitos. In: _____. *Temas de Direito processual*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PROJETO de reforma do novo código de processo civil aprovado no Senado Federal. Relator-geral: Valter Pereira; organizador: Luiz Henrique Volpe Camargo. Brasília: Senado Federal, 2011.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

Tutela jurisdicional diferenciada no Projeto de Novo Código de Processo Civil

Ricardo de Barros Leonel

Sumário

1. Introdução. 2. Conceituação da tutela jurisdicional diferenciada. 3. Tutela diferenciada no ordenamento processual em vigor: hipóteses mais tradicionais. 4. Avanços no Projeto de Novo CPC relativamente ao tema: a estabilização das tutelas provisórias e sistematização da matéria. 5. Retrocesso: a exclusão da tutela monitoria. 6. Conclusões e sugestões.

1. Introdução

O momento é de reflexão, estudos e debates. Por iniciativa da Presidência do Senado Federal, no ano de 2009 foi instituída Comissão de Juristas cuja competência e prestígio são nacionalmente reconhecidos, para a elaboração de um Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil.

O resultado desse trabalho foi apresentado, em meados de 2010, pelo Presidente do Senado Federal, como Projeto de Lei do Senado 166, de 2010, para um Novo Código de Processo Civil.

Em período de tempo praticamente exíguo (aproximadamente seis meses), no mês de dezembro de 2010 foi aprovado pelo Plenário do Senado Federal o Substitutivo ao PLS 166, de 2010, de autoria do Senador Valter Pereira, sendo esse texto remetido à Câmara dos Deputados.

O Substitutivo aprovado manteve as principais diretrizes do Projeto de Novo CPC, introduzindo, entretanto, algumas

Ricardo de Barros Leonel é Professor Doutor no Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Promotor de Justiça em São Paulo.

modificações que não chegam a descaracterizá-lo, nem a desviá-lo das linhas reitoras essenciais a que se dedicou a Comissão de Juristas que elaborou o texto do Anteprojeto: a simplificação dos procedimentos e de formalidades desnecessárias; a eliminação de contradições existentes dentro do sistema processual em vigor; a criação e fortalecimento de mecanismos que tornem a Justiça mais ágil; o prestígio aos precedentes como modo de dar maior concretude ao tratamento isonômico de situações análogas, à previsibilidade dos julgamentos e à segurança jurídica; entre outros.

Essas linhas mestras dos trabalhos da aludida Comissão de Juristas, aliás, foram bem destacadas na Exposição de Motivos que acompanhou o texto do Anteprojeto.

Esse contexto deve estimular o debate, para que haja o efetivo aprimoramento da propositura legislativa. É evidente a verdadeira disposição política do Senado Federal no sentido da aprovação de um Novo CPC – especialmente quando se considera que em curtíssimo espaço de tempo (pouco mais de um ano) foi elaborado o Anteprojeto e seu texto, por meio de Substitutivo com modificações secundárias, acabou sendo aprovado pelo Senado.

Nada obstante tenham ocorrido inúmeras audiências públicas tanto na fase de trabalhos da Comissão de Juristas, como durante a tramitação do PLS 166, de 2010, no Senado Federal, bem como tenham sido recebidas e incorporadas ao texto do Anteprojeto e posteriormente do Projeto de Lei muitas sugestões, ainda há espaço – e tempo – para novos aperfeiçoamentos.

É nesse panorama que pretendemos formular algumas considerações a respeito da denominada “Tutela jurisdicional diferenciada”, a fim de verificar, em nossa percepção, o que há de positivo no Projeto de Novo CPC e no Substitutivo aprovado pelo Senado e enviado à Câmara, e o que há de negativo, formulando-se sugestão de adequação da propositura legislativa.

2. *Conceituação da tutela jurisdicional diferenciada*

Já se observou, com precisão, que falar de “tutelas diferenciadas” significa, em última análise, pensar na predisposição de mecanismos, no processo, que o tornem apto a cumprir, com maior eficiência, seu papel (ARMELIN, 1992, p. 45).

A possibilidade de predisposição de alternativas aos esquemas de procedimento “tipo”, ou “padrão”, volta-se, especialmente, ao alcance de maior celeridade e eficácia na prestação jurisdicional, diante de peculiaridades da vida contemporânea, e da existência de situações em que a probabilidade de que o autor tenha razão, bem como da virtual não ocorrência de resistência mais consistente por parte do réu, legitima a adoção daquilo que poderíamos chamar de soluções mais “singelas” para os conflitos.

É necessário, entretanto, compreender com precisão o que vem a ser a tutela jurisdicional diferenciada. E para chegar a tanto, torna-se imprescindível pensar, antes de tudo, no que vem a ser a própria tutela jurisdicional.

Tutela, no léxico, significa proteção (HOUAISS, 2001, p. 2790). Mas a busca de uma concepção jurídica para tal expressão deve tomar como ponto de partida nosso ordenamento constitucional, pois é nele que estão inseridos os pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito.

E na Constituição Brasileira de 1988, o fundamento da tutela jurisdicional está no art. 5º, XXXV, pelo qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Não há dúvida de que nessa disposição constitucional se assenta o denominado “direito constitucional de ação”, ou ainda a “garantia da inafastabilidade da jurisdição”. Mas o alcance substancial, concreto, prático desse preceito fundamental vai além.

O art. 5º, XXXV, da CR não se limita a assegurar a possibilidade de dedução de

pretensões perante o Poder Judiciário. Se o processo é instrumento de realização do direito material (BEDAQUE, 2009, *passim*), nada obstante figure como ciência autônoma, só se justifica na medida em que sirva efetivamente para dar, na prática, razão a quem a tem.

Indo, portanto, além do panorama meramente formal, é possível afirmar que o art. 5º, XXXV, da CR apresenta mais de uma perspectiva. Ele sinaliza, em primeiro lugar, para a garantia do direito constitucional de ação, independentemente da concepção que desta se tenha, ao permitir o acesso ao Poder Judiciário mediante a demanda formalmente apresentada. Além disso, o preceito constitucional assegura como resultado formal do acesso à Justiça a resposta (pronunciamento do Estado-Juiz), favorável ou não, quanto ao litígio deduzido em juízo. Por último e não menos importante, deve assegurar, igualmente, o resultado prático do processo, com a efetiva preservação do direito material e do bem da vida defendido pelo litigante vencedor.

Em outros termos, é correta a observação prática no sentido de que aqueles que buscam socorro no Poder Judiciário não esperam apenas uma declaração de certeza quanto à existência ou não do direito. Desejam, mais que isso, o próprio resultado concreto do processo, que produza em suas vidas a satisfação pragmática que não se operou espontaneamente, e ensejou a utilização do serviço judicial.

Daí advém a noção, assentada em doutrina, de que “parece não haver dúvida de que a locução tutela jurisdicional se presta a designar o resultado da atividade jurisdicional – assim considerados os efeitos substanciais (jurídicos e práticos) que o provimento final projeta ou produz sobre dada relação material – em favor do vencedor” (YARSHELL, 1999, p. 28).

Em outras palavras, pensar no resultado prático do processo nada mais é que vislumbrar “o resultado do ato processual sobre a vida das pessoas e suas relações

com os bens ou com outras pessoas em sociedade” (DINAMARCO, 2000, p. 813).

Se o litigante se sagra vencedor, mas a sentença não se concretiza do ponto de vista prático (com a entrega do bem, o pagamento do valor devido, a abstenção da conduta vedada pela decisão, etc.), o que se tem é tutela jurisdicional incompleta.

Isso não significa, destaque-se, desconsiderar o aspecto jurídico da tutela jurisdicional, pois a proteção do patrimônio jurídico do litigante também integra o conceito em análise (OLIVEIRA, 2008, p. 107 et seq.). Mas essa proteção só será completa se, ao lado da tutela do patrimônio jurídico do titular do direito, também se fizer presente, com igual eficácia, a proteção aos desdobramentos práticos daí decorrentes (resultado concreto do processo para o litigante vencedor).

Uma vez estabelecida a noção de “tutela jurisdicional” (proteção jurídica e prática para o litigante vencedor), torna-se natural indagar qual o sentido da expressão “diferenciada”, que tradicionalmente doutrinadores e julgadores agregam àquela locução.

Muito já se debateu a esse propósito, e já tivemos a oportunidade de examinar, em outro trabalho, as vertentes relacionadas à elaboração desse conceito (LEONEL, 2010, p. 18-27).

Foi por essa razão que Andrea Proto Pisani, ao procurar, pioneiramente, sistematizar esse assunto, afirmou que a expressão “tutela jurisdicional diferenciada” vinha, até então, sendo tratada de forma equivocada por aqueles que se ocuparam do tema (PISANI, 1982, p. 216).

Dentro desse contexto, parece-nos que a construção que se apresenta como mais adequada é aquela que relaciona o conceito da “tutela jurisdicional diferenciada” com a restrição à atividade cognitiva realizada pelo magistrado para proferir sua decisão.

Em outras palavras, embora a diversidade quanto ao procedimento esteja muitas vezes associada ao tema, o elemento central na definição do objeto de nosso estudo está

na limitação à cognição. É nesse sentido que José Roberto dos Santos Bedaque, ao descartar pura e simplesmente a especialização procedimental como elemento definidor da tutela diferenciada, anota que ela deve abranger “as modalidades de tutela sumária”, que têm como elemento comum “dispensarem a cognição exauriente, visando assegurar a efetividade da tutela jurisdicional” (BEDAQUE, 2009, p. 26).

Nessa mesma linha de raciocínio apon-ta a doutrina para a “tutela diferenciada” como opção em relação ao procedimento padrão, de cognição completa, visto que pode ser realizada “mediante cognição sumária”, com aptidão para desde logo “realizar o direito afirmado pelo litigante (...) qualquer possibilidade de especialização ou sumariedade que proporcione diferenciação em relação ao procedimento comum” (SOARES, 2000, p. 136,141).

Em síntese, a sumariedade da atividade cognitiva realizada pelo magistrado para fins de prolação de sua decisão é a principal nota característica da denominada tutela jurisdicional diferenciada, seja com relação aos provimentos provisórios, seja ainda quanto aos provimentos judiciais definitivos ou finais (MARCATO, 1998, p. 27; CRUZ E TUCCI, 1997, p. 15).

Vale lembrar que pressuposto lógico e prático da decisão é a cognição, pois o juiz conhece dos fatos, do direito e das provas, para só então decidir. Daí por que, quando se fala em sumariedade (em sentido amplo) ou em restrição à atividade cognitiva, o que se pretende é afirmar que haverá exame de alguma forma restrito, quanto aos elementos que devem ser examinados pelo magistrado para formar sua convicção e então decidir.

As possibilidades com relação a essas restrições são explicadas de forma didática por Kazuo Watanabe (1999, passim), que segmenta as limitações à atividade cognitiva do juiz no plano horizontal (extensão da cognição: cognição limitada [parcial] ou plena) e no plano vertical (profundi-

dade da cognição: cognição superficial ou exauriente).

Em outras palavras, a expressão tutela diferenciada serve como referência tanto para os casos de tutela provisória (as liminares, no jargão forense), como ainda para a categoria por vezes referida pela doutrina como “ações sumárias”, em que se obtém provimento definitivo sem que haja cognição completa por parte do juiz (CHIOVENDA, 1965, p. 234 et seq.; SILVA, 2000, p. 212,219,222).

É a partir desses elementos que pedimos vênua para reproduzir, a seguir, o conceito de tutela jurisdicional diferenciada a que chegamos ao examinar esse tema em outro trabalho, adotando como critério principal (embora não único) a restrição à atividade cognitiva do juiz, tanto no sentido da extensão (plano horizontal) como da profundidade (plano vertical) dos pontos ou questões de fato ou de direito passíveis de apreciação: deve ser compreendida como “proteção jurídica e prática outorgada pelo Estado-juiz, resultante da utilização de procedimentos especiais previstos no ordenamento processual, em que a celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional decorram da limitação da cognição” (LEONEL, 2010, p. 25).

Vale lembrar que, no plano das opções de política legislativa, como anota Proto Pisani (1982, p. 315-316), podem ser apontadas três razões para a adoção de procedimentos com cognição reduzida: (a) para evitar o *custo do processo* de cognição completa quanto isso não se justifique, tendo em vista a inexistência de resistência firme por parte do demandado; (b) para evitar o *abuso do direito de defesa* por parte do réu que, manifestamente, não tenha razão; (c) para assegurar a *efetividade da tutela jurisdicional* em determinados casos (especialmente quando os direitos em debate não tenham conteúdo econômico direto) em que o prolongamento do estado de insatisfação possa provocar prejuízo irreparável ou de difícil reparação.

Em suma, em nossa percepção, a preocupação de quem estuda a tutela jurisdicional diferenciada abrange as hipóteses em que o ordenamento, em prol de algum aspecto digno de atenção especial, determina a restrição da atividade cognitiva do juiz, objetivando a produção de resultados, no processo, que sejam aptos a alcançar soluções mais efetivas, tanto por meio de decisões provisórias como de decisões definitivas (finais).

Assim, estão situados no âmbito desse tema (a) os provimentos de natureza “cautelares” (medidas conservativas [seqüestro, arresto, indisponibilidade de bens, etc.] e medidas de satisfação antecipada); (b) os provimentos sumários não cautelares (provimentos finais em que, por disposição legal, haja limitação à cognição).

3. Tutela diferenciada no ordenamento processual em vigor: hipóteses mais tradicionais

Estabelecidas as noções básicas e gerais relativamente ao tema, é oportuno identificar as hipóteses mais tradicionais de tutela diferenciada no ordenamento processual em vigor.

E não temos dúvida em apontar para dois exemplos fundamentais.

O primeiro exemplo diz respeito aos provimentos judiciais provisórios.

As medidas de urgência, tanto as conservativas como as antecipatórias (conforme a terminologia esposada por Dinamarco (2003, p. 58)), figuram como exemplo característico da tutela jurisdicional diferenciada.

Nelas o juiz, com base em cognição restrita (juízo de probabilidade), concede proteção não ao direito certo, mas sim ao direito provável. E o faz diante de situações de risco, bem como da razoabilidade, credibilidade, ou mesmo grande potencialidade de razão quanto ao direito deduzido pelo autor.

Lembrando a terminologia trazida inicialmente por Calamandrei (1936, p. 55-58), se a situação lamentada pelo demandante

apresenta o *pericolo da infruttuosità* (risco de que, quando da decisão definitiva, o demandado perdedor tenha dissipado seus bens), a medida de urgência terá finalidade conservativa, garantindo o êxito prático da futura execução ou da produção dos efeitos programados da sentença. É o que ocorre no arresto, no seqüestro, na indisponibilidade e no arrolamento de bens, etc.

De outro lado, se a situação lamentada pelo demandante caracteriza o *pericolo da tardivittà* (risco de que a decisão definitiva seja inócua porque tardia, vindo à luz quando já consumada de forma irreparável a lesão ao direito), a medida de urgência terá finalidade antecipatória, permitindo a fruição imediata da utilidade que só poderia, *a priori*, ser fruída após a prolação da decisão definitiva, não fosse a obtenção da medida urgente.

As medidas de urgência são deferidas com base em cognição incompleta.

É nesse sentido que tradicionalmente se fala no *periculum in mora* e no *fumus boni iuris*, visto que o juiz, ao decidir pela concessão ou não de medidas conservativas ou antecipatórias, escora-se em juízo de probabilidade, e não de certeza.

Daí as seguintes expressões legais: “verossimilhança da alegação” e “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (art. 273, *caput*, I, do CPC); “relevante fundamento da demanda” e “justificado receio de ineficácia do provimento final” (art. 461, § 3º, do CPC); “fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação” (art. 798 do CPC).

Em todos esses casos, insista-se, a lei autoriza o juiz a, com amparo em cognição restrita, conceder provimentos provisórios que têm escopo conservativo (assegurar ulterior resultado prático do processo em função do provimento definitivo) ou antecipatório (permitir desde logo a fruição da utilidade que decorreria do reconhecimento definitivo do direito alegado pelo autor).

O segundo exemplo de tutela jurisdicional diferenciada refere-se à obtenção de *provimentos judiciais definitivos com base em cognição restrita*. E, nessa seara, a hipótese mais característica é a da ação monitoria, disciplinada no CPC do art. 1.102-A ao art. 1.102-C.

Lembremos que o procedimento monitorio permite a imediata formação do título executivo judicial sem a necessidade, em princípio, de cognição completa e exauriente, de forma rápida, e sem contraditório prévio, cuja realização, de forma diferida, dependerá da iniciativa do demandado (Cf. CALAMANDREI, 1953, p. 26; GARBAGNATI, 1970, p. 57. No direito brasileiro: CRUZ E TUCCI, 1997, *passim*; TALAMINI, 2001, *passim*; MARCATO, 1998, *passim*).

Na ação monitoria, à luz dos fundamentos (causa de pedir) trazidos pelo autor, bem como diante da prova escrita sem eficácia de título executivo, o juiz, em cognição superficial, formulando juízo de verossimilhança (não de certeza), logo na primeira oportunidade em que tem contato com o feito, decide, determinando, se for o caso, a expedição do mandado monitorio ou injuntivo (art. 1.102-A e 1.102-B do CPC).

Só será instaurado o contraditório pleno se o demandado ajuizar a ação incidental de embargos ao mandado monitorio, na qual poderá ocorrer discussão ampla e cognição irrestrita por parte do juiz para, ao final: (a) rejeitar os embargos ao mandado monitorio, constituindo-se definitivamente o título executivo judicial; ou (b) acolher os embargos ao mandado monitorio.

Ademais, se não houver resistência do demandado (não oferecimento dos embargos), constituir-se-á de pleno direito e independentemente de nova decisão o título executivo judicial, com automática conversão, *ex lege*, do mandado inicial em mandado executivo, prosseguindo-se para a fase de cumprimento da determinação judicial (art. 1.102-C do CPC).

Em síntese, a ação monitoria configura a hipótese de tutela jurisdicional diferenciada

por excelência, na medida em que, se não houver resistência à ordem de pagamento ou entrega expedida com base na prova escrita apresentada pelo autor, formar-se-á, sem qualquer outra decisão ou exame – além daquele realizado em cognição inicial e superficial pelo juiz –, o título executivo judicial definitivo, equivalente à própria sentença condenatória.

Cumpridos, a seguir, verificar qual o tratamento dado às hipóteses de tutela diferenciada acima indicadas no Projeto de Novo CPC e no Substitutivo aprovado no Senado Federal (já remetido à Câmara dos Deputados), pois ainda é viável, na tramitação legislativa a cumprir, aperfeiçoar-se o texto da futura codificação.

4. Avanços no Projeto de Novo CPC relativamente ao tema: a estabilização das tutelas provisórias e sistematização da matéria

Parece-nos que o PLS 166, de 2010, contemplou efetivamente alguns avanços no que diz respeito aos provimentos sumários.

O primeiro desses aspectos diz respeito à sistematização.

A doutrina processual já vem, há algum tempo, sinalizando no sentido de que medidas “cautelares” em sentido estrito (conservativas) e as antecipatórias (satisfativas) são espécies do mesmo gênero, qual seja o das tutelas sumárias e urgentes (BEDAQUE, 2009, *passim*; DINAMARCO, 2003, p. 49 et seq.).

Tanto assim que o próprio legislador acrescentou um parágrafo 7º ao art. 273 do CPC (Lei 10.444, de 2002), conferindo fungibilidade aos provimentos de urgência conservativos e antecipatórios, ao prever que, “se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

Em outras palavras, permitiu o legislador que o juiz defira medida de natureza tipicamente cautelar em sentido estrito (ou seja, conservativa), requerida incidentalmente na própria demanda de conhecimento.

A situação inversa – concessão de antecipação de tutela em caráter preparatório, por meio e ação “cautelar” autônoma – também deve ser compreendida, sistematicamente, como perfeitamente possível, na medida em que a fungibilidade é uma via de duas mãos. Aliás, bem vista a questão, e deixando de lado o apego à terminologia que nem sempre esclarece (e às vezes confunde), isso não representa sequer novidade digna de perplexidade.

Basta lembrar que, a pretexto da proposição de ações cautelares “inominadas”, sempre se admitiu medidas de antecipação deduzidas de forma autônoma. Exemplo típico dessa situação é a denominada ação “cautelar” de sustação de protesto e de seus efeitos, em caráter preparatório da ação de anulação ou declaração de nulidade do protesto. Naquela (cautelar de sustação), o resultado que se obtém é justamente a antecipação de efeitos que só decorreriam, a rigor, do acolhimento da ação de conhecimento de anulação ou declaração da nulidade do protesto.

Pois bem.

O Projeto de Novo CPC (PLS 166, de 2010) procurou conferir melhor sistematização ao tema, tratando de modo homogêneo da “tutela de urgência e da tutela da evidência” no Título X do Livro I, que cuida da “Parte Geral” do Novo CPC (art. 277 ao art. 296 do PLS 166, de 2010).

É possível aduzir que, a título de “tutela da evidência”, o Projeto cuidou da antecipação da tutela, com base em cognição restrita e sem a presença da urgência, quando a probabilidade de que o autor tenha razão é extremamente grande, quase incontestável.

Como assenta a doutrina, falar-se em tutela da evidência é tratar de “situações em que se opera mais que o *fumus boni juris*,

mas a probabilidade de certeza do direito alegado, aliada à injustificada demora que o processo ordinário carregará até a satisfação do interesse do demandante, com grave desprestígio para o Poder Judiciário, posto que injusta a espera determinada” (FUX, 1996, p. 305-306).

No CPC em vigor, essa ideia de tutela da evidência está presente tanto no caso da antecipação fundada na caracterização do “abuso do direito de defesa ou (d) o manifesto propósito protelatório do réu” (art. 273, II), como no caso em que “um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso” (art. 273, § 6º). Nesses casos, não se exige o pressuposto da urgência (*periculum in mora*), e a antecipação é concedida porque o direito do autor é altamente provável.

Os fundamentos para a concessão da tutela antecipada fundada na evidência do direito do autor, no Projeto de Novo CPC, estão, em nosso sentir, assentados de modo mais claro e com maior abrangência, pois o art. 285 do PLS 166, de 2010, indica que será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação se: (a) configurar-se “abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido”; (b) “um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva”; (c) a inicial vier instruída com “prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca”; (d) tratar-se de matéria “exclusivamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante”; (e) se tratar de “entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional”.

A maior clareza está na dicção adotada no texto do Projeto de Novo CPC. A maior abrangência assenta-se na previsão de hipóteses não contempladas no CPC em vigor, ou seja, aquelas indicadas nos incisos III e

IV do art. 285 do PLS 166, de 2010 (letras “c” e “d” *supra*). A última hipótese, do art. 285, parágrafo único (letra “e” *supra*), já está contemplada pontualmente no sistema atual nos casos em que se move a ação, com obtenção de liminar sem demonstração de situação de perigo, em virtude da existência de depósito legal ou convencional (caso, por exemplo, da ação de busca e apreensão em decorrência de alienação fiduciária em garantia, nos termos do Decreto-Lei 911/69).

De outro lado, ainda quanto à adequada sistematização no Projeto de Novo CPC, é necessário notar que: (a) as medidas de urgência são tratadas, em conformidade com a doutrina contemporânea, como gênero, do qual são espécies as cautelares (conservativas) e as antecipatórias (satisfativas); (b) o procedimento e os requisitos para a sua concessão são estabelecidos de modo uniforme; (c) há expressa previsão quanto à possibilidade de concessão das medidas de urgência, cautelares ou satisfativas, tanto em caráter antecedente (preparatório) como em caráter incidental no processo de conhecimento ajuizado.

Com o devido respeito àqueles que professam entendimento diverso, parece-nos correta essa solução, na medida em que o tratamento uniforme ou homogêneo para as medidas conservativas e satisfativas decorre do reconhecimento de que elas são espécies de um mesmo gênero, apresentando-se, em perspectiva funcional, com o mesmo papel: afastar a situação de perigo seja tratando-se de *pericolo da infruttuosità* (no caso das conservativas) ou de *pericolo de tardivittà* (no caso das antecipatórias ou satisfativas), nos termos da lição de Calamandrei, já citada.

Em outras palavras, se cautelares e antecipações servem à mesma função, consistente em evitar que a demora do processo torne a dano de quem tem razão, seu tratamento deve ser homogêneo.

A concepção tradicional, pela qual a ação cautelar deveria ser sempre uma demanda autônoma (preparatória ou inci-

dental), inconfundível com a antecipação (que só poderia ocorrer no curso do processo de conhecimento); bem como de que são fundadas em pressupostos distintos (como, por exemplo, maior intensidade para o *fumus boni iuris* na antecipação de tutela), com a devida vênua, cede diante da realidade. O aspecto funcional, bem como a instrumentalidade de ambas com relação à efetiva satisfação do direito, demonstra que estão a merecer, cautelares e antecipações, tratamento efetivamente homogêneo, nos termos preconizados pelo PLS 166, de 2010.

Mas o ponto alto do Projeto nesse tema vai além.

Trata-se da previsão no sentido da possibilidade de estabilização das tutelas de urgência concedidas em caráter antecedente ou preparatório, que decorre dos seguintes dispositivos do PLS 166, de 2010: art. 287, § 1º; art. 288, § 2º; art. 290, § 2º; art. 293.

Ilustrativo a esse respeito é o art. 293 do PLS 166, de 2010, por força do qual “a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revogar, proferida em ação ajuizada por uma das partes”.

Os demais dispositivos, acima indicados, apontam no sentido de que, uma vez deferida a medida conservativa ou antecipatória em caráter antecedente ou preparatório, caso não haja impugnação (defesa) por parte do demandado, a medida continuará a produzir seus efeitos independentemente da formulação de um pedido principal pelo autor, mesmo que seja extinto o processo no qual a providência foi determinada.

A lógica, nesse passo, é de certa forma similar àquela que inspira a adoção do processo monitorio.

A técnica da estabilização da tutela de urgência trabalha com probabilidades e riscos. A probabilidade na qual o legislador investe é de que em muitos casos não haverá resistência por parte do demandado, que se conformará e cumprirá a medida

deferida liminarmente. Dessa forma, a utilidade prática pretendida pelo autor já terá sido alcançada, tornando-se desnecessária a propositura de ação “principal”, de conhecimento, e o exame do seu mérito, nada obstante não se forme coisa julgada com relação ao provimento judicial que concedeu a medida urgente.

Técnica semelhante se encontra no Direito Francês, no qual o PLS 166, de 2010, parece ter buscado inspiração. Nesse sistema, tem-se o *référé provision*, a *injonction de payer* e a *injonction de faire*, medidas que se tornam definitivas, embora sem a formação de coisa julgada, se não houver resistência por parte do demandado.

O *Code de Procédure Civile* francês trata da *injonction de payer* nos art. 1.405 a 1.425 e da *injonction de faire* do art. 1.425-1 a 1.425-9. E o instituto do *référé* está inserido em vários dispositivos relativos aos poderes do presidente do órgão colegiado responsável pelo julgamento.

Ao tratar do procedimento monitorio francês, Roger Perrot (1986, p. 719) lembra que sua aplicação se restringe, justificadamente, aos casos em que o litígio é simples, na medida em que não seria adequado esse procedimento singelo para equacionar conflitos complexos, que naturalmente exigiriam provas em maior amplitude e exame aprofundado por parte do órgão judicial, com perda de rapidez e simplicidade, que são as grandes vantagens desse procedimento.

A utilidade da manutenção da eficácia dessas medidas, no Direito Francês, já fora há muito reconhecida, afirmando a doutrina que frequentemente acabam se tornando definitivas, pois a parte contra a qual são deferidas acaba se conformando, deixando de “contestá-las” em juízo. Isso acaba servindo para aliviar a carga de trabalho dos tribunais, com relação a um grande número de litígios de menor importância que acabam sendo praticamente solucionados com a *ordonnance* expedida pelo presidente da Corte (JAPIOT, 1935, p. 597).

E a lógica contida na opção do legislador em permitir a estabilização da tutela de urgência não contestada se mostra, em nossa percepção, correta: se é do autor o interesse em recorrer à Justiça para obter resultado prático equivalente ao cumprimento espontâneo da obrigação, uma vez obtido esse resultado diante do preenchimento de certos requisitos estabelecidos na lei, passa a ser do demandado o interesse, e consequentemente o ônus, de afastar a determinação judicial expedida em caráter provisório.

Em outras palavras, se o demandado, mesmo diante da medida de urgência concedida em caráter preparatório, mantém-se inerte, isso significa que se conformou à imposição de cumprimento da determinação judicial. Daí a manutenção da eficácia da medida urgente.

E mais: a não formação de coisa julgada, pela qual optou expressamente o PLS 166, de 2010 (art. 293), serve como garantia contra a perenização de soluções inadequadas por indevida inércia do demandado, que, por exemplo, tenha por qualquer razão perdido o prazo para impugnar a medida: a manutenção da eficácia da medida de urgência concedida em caráter preparatório ou antecedente não impedirá a discussão do direito, em cognição ampla e exauriente, em ação autônoma.

É oportuno lembrar que essa técnica – estabilização da tutela de urgência não impugnada – vem sendo preconizada, no direito brasileiro, há algum tempo. Poucos anos atrás, o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) criou Comissão composta pelos Professores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, José Roberto dos Santos Bedaque e Luiz Guilherme Marinoni, voltada ao estudo do tema. Essa Comissão elaborou Anteprojeto de Lei cuja finalidade era, precisamente, alterar dispositivos do CPC em vigor, possibilitando a estabilização das tutelas de urgência (para mais detalhes sobre esse Anteprojeto: Cf. BEDAQUE, 2005, p. 660-681).

Na exposição de motivos desse Anteprojeto, a referida Comissão do IBDP assinalou que “a proposta de estabilização da tutela antecipada procura, em síntese, tornar definitivo e suficiente o comando estabelecido por ocasião da decisão antecipatória (...). O que se pretende, por razões eminentemente pragmáticas – mas não destituídas de embasamento teórico –, é deixar que as próprias partes decidam sobre a conveniência, ou não, da instauração, do prosseguimento da demanda e sua definição em termos tradicionais, com atividades instrutórias das partes, cognição plena e exauriente do juiz e a correspondente sentença de mérito. Se o ponto definido na decisão antecipatória é o que as partes efetivamente pretendiam e deixam isso claro por meio de atitude omissiva consistente em não propor a demanda que vise à sentença de mérito (...) tem-se por solucionado o conflito existente entre as partes (...)” (Exposição de Motivos do Anteprojeto de Lei de Estabilização da Tutela Antecipada, Elaborado por Comissão do IBDP composta por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanane, José Roberto dos Santos Bedaque e Luiz Guilherme Marinoni. Disponível em <<http://www.direitoprocessual.org.br>>. Acesso em 31 jan. 2011).

Essa solução – estabilização dos efeitos da tutela concedida antecipadamente – também foi sustentada em densa elaboração de Edoardo Ricci (1997, p. 791 et seq.), como recorda a Exposição de Motivos do Anteprojeto do IBDP acima referida.

Positiva, portanto, essa inovação.

Anotese, entretanto, que no texto do Substitutivo do Senador Valter Pereira, aprovado no Senado Federal, não foi reproduzido o art. 293 do PLS 166, de 2010, que explicitava, de forma absolutamente categórica, a possibilidade de estabilização do provimento judicial que conceder medidas de urgência.

Contudo, pondere-se que: (a) o art. 280, § 1º, do Substitutivo aprovado no Senado, reproduz o art. 287, § 1º, do PLS 166, de

2010; (b) o art. 281, § 2º, do Substitutivo aprovado no Senado reproduz o art. 288, § 2º, do PLS 166, de 2010; (c) o art. 283, § 2º, do Substitutivo aprovado no Senado reproduz o art. 290, § 2º, do PLS 166, de 2010. Desses dispositivos é possível extrair, em sua plenitude, a viabilidade da estabilização dos efeitos da medida urgente não impugnada pelo demandado.

5. Retrocesso: a exclusão da tutela monitoria

Houve, com a devida vênia, um retrocesso no Projeto de Novo CPC. Trata-se da exclusão da tutela monitoria do seu texto.

Não se desconhece a existência da crítica segundo a qual a tutela monitoria, em nosso sistema processual, não teria recebido por parte dos operadores do direito o mesmo prestígio que recebeu em outros sistemas jurídicos.

Nesse sentido, há quem afirme, utilizando expressão do dia a dia do foro, que a ação monitoria “não pegou” no direito brasileiro. Seu desprestígio decorreria de problema de natureza cultural, associado ao excessivo espírito litigioso que anima nosso povo, constatado, de forma empírica, pelo sempre crescente número de processos que chegam ao Poder Judiciário, em todas as suas instâncias, bem como pelo hábito de recorrer “sempre e até o fim”, que estaria presente no cidadão que litiga em juízo, mesmo quando ele sabe que não tem razão.

Honestamente, e com o devido respeito, acreditamos que não seja possível concordar com tais afirmações, ou, ao contrário, rechaçá-las veementemente, por uma simples razão: salvo engano de nossa parte, elas não partem de nenhum levantamento específico, de ordem estatística, capaz de demonstrar que a ação monitoria tenha de fato recebido no Brasil maior ou menor prestígio do que recebeu em outros países.

Não se passa aqui, ao que tudo indica, do terreno das impressões pessoais (e, portanto, absolutamente subjetivas), que

apresentam conformidade ao maior ou menor apreço do comentador ou crítico pelo instituto.

De nossa parte, acreditamos que mais adequada teria sido a manutenção da ação monitoria no texto do Projeto de Novo CPC por mais de uma razão.

Primeiro, porque se trata de instituto arraigado, com grande utilidade e proveito prático em sistemas que tradicionalmente têm fornecido bons subsídios para o brasileiro, como o francês, o italiano, o alemão.

Segundo, por se tratar de instituto tradicionalmente adotado no direito luso-brasileiro, desde as Ordenações do Reino, passando pelo Regulamento 737, no antecedente remoto da “ação de assinatura de prazo de dez dias ou decendiária”. Essa modalidade de demanda esteve presente, para maior precisão, nas Ordenações Manuelinas (Livro III, Título 16), nas Ordenações Filipinas (Livro III, Título 25), no Regulamento 737, de 1850 (art. 246 a 267).

Lembra ainda José Rogério Cruz e Tucci (1997, p. 39) que, na época da “dualidade legislativa” em matéria processual, a “ação decendiária” sobreviveu em alguns códigos de processo estaduais, como no Código do Estado de São Paulo e no Código de Processo da Bahia, embora não tenha sido prevista, entretanto, no Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei 1.608, de 18 de setembro de 1939).

Por último e não menos importante, há uma razão de ordem lógica a justificar a manutenção da ação monitoria.

É um contrassenso o Projeto de Novo CPC e o Substitutivo aprovado no Senado preverem a possibilidade de estabilização dos efeitos das medidas de urgência e extirparem do seu texto a ação monitoria. E essa afirmação parte de uma constatação singela, e que não exige maior esforço.

É que, embora a estabilização dos efeitos das medidas de urgência não se confunda com a ação monitoria, essas técnicas são análogas, e partem da mesma premissa prática: possibilidade de não oferecimento

de resistência por parte do demandado que sabe que não tem razão. Além disso, exercem a mesma função operacional: obtenção da utilidade prática do processo, ou seja, a proteção do bem da vida, sem a necessidade de utilização do processo de tipo ordinário, em cognição plena e exauriente, e necessidade de julgamento do mérito.

Aliás, não foi por outra razão que Ovídio A. Baptista da Silva (1996, p. 135) chegou a considerar as tutelas antecipadas uma “modalidade de processo monitorio genérico, virtualmente para todas as ações do processo de conhecimento”.

A intenção do Projeto de Novo CPC, como se sabe, foi simplificar, eliminando formalidades e dualidades prejudiciais à interpretação e à aplicação da lei processual. Mas manter a ação monitoria não traria prejuízo algum, fornecendo mais uma alternativa de tutela diferenciada ao demandante que possua prova documental, preservando, ademais, a hipótese mais típica e característica dessa técnica de tutela, consistente na solução de litígios mediante procedimentos ágeis e de cognição restrita.

6. Conclusões e sugestões

A tutela jurisdicional diferenciada ocupa espaço fundamental no processo civil moderno, e seu emprego revela a busca do aperfeiçoamento da técnica processual em prol da realização do direito material.

O Projeto de Novo CPC, bem como o seu Substitutivo aprovado no Senado Federal, investe nessa premissa ao conferir melhor sistematização às tutelas sumárias urgentes (medidas conservativas e antecipatórias) e à denominada tutela da evidência, permitindo a estabilização dos seus efeitos nos casos de não oferecimento de resistência por parte do demandado.

Seria importante, entretanto, que não fosse excluída do sistema processual a ação monitoria. Ela incorpora, por excelência, todos os elementos que integram a concepção da tutela diferenciada, e não há nenhum le-

vantamento concreto e seguro a demonstrar que sua inserção no CPC em vigor tenha sido uma má escolha do legislador.

Ademais, se o Projeto de Novo CPC procura incrementar a tutela diferenciada, prevendo a possibilidade de estabilização dos efeitos da tutela da evidência e das tutelas de urgência, por coerência deveria também ser mantida no sistema a ação monitoria, que é caminho alternativo para alcançar o mesmo fim.

Referências

- ANTEPROJETO de Novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.
- ARMELIN, Donald. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 65, p. 45-55, 1992.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. Estabilização das tutelas de urgência. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.
- CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: CEDAM, 1936.
- _____. *El procedimiento monitorio*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1953.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1
- CRUZ E TUCCL, José Rogério. *Ação monitoria*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- DICIONÁRIO Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. In: _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. 2.
- _____. Regime jurídico das medidas urgentes. In: _____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GARBAGNATI, Edoardo. *I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1970.
- JAPIOT, René. *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*. 3. ed. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1935.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MARCATO, Antônio Carlos. *O processo monitorio brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PERROT, Roger. Il procedimento per ingiunzione. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 41, n. 2, p. 715-739, 1986.
- PISANI, Andrea Proto. Problemi della c.d. tutela giurisdizionale differenziata. *Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Caccuci, 1982.
- _____. Tutela sommaria. *Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Caccuci, 1982.
- RICCI, Edoardo. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. *Revista de Direito Processual – Gênese*, Curitiba, v. 4, set./dez. 1997. Disponível em: <<http://novo.direitoprocessual.org.br>>. Acesso em: 31 jan. 2011.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. O contraditório nas ações sumárias. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 80, p. 212-243, dez. 2000.
- _____. A “antecipação” da tutela na recente reforma processual. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada (tutelas de urgência e medidas liminares em geral)*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitoria*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas e Central de Publicações Jurídicas, 1999.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

As prerrogativas processuais da Fazenda Pública no Projeto do Código de Processo Civil (PLS n. 166, de 2010)

Mirna Cianci, Rita Quartieri e
Liliane Ito Ishikawa

Sumário

Prerrogativas processuais da Fazenda Pública. Prazos duplicados e intimação pessoal. Honorários advocatícios. Reexame necessário. Execução contra a Fazenda Pública. Dispensa de adiantamento de despesas processuais. Conclusões.

Prerrogativas processuais da Fazenda Pública

O tratamento conferido à Fazenda Pública no campo do processo se exterioriza por um sistema processual diferenciado previsto no Código de Processo Civil e em legislação extravagante.

Os institutos processuais favoráveis à Fazenda Pública, denominados “prerrogativas”, decorrem da necessidade de estabelecer equilíbrio na relação processual em que o Poder Público figura como parte, com o objetivo precípuo de resguardar o interesse público, na medida da superioridade que representa em relação ao interesse individual.

Sob esse prisma, o princípio da igualdade insculpido na regra do atual Código de Processo Civil, ao dispor que “o juiz dirigirá o processo [...] competindo-lhe: assegurar às partes igualdade de tratamento” (CPC, art. 125, I)¹, deve ser interpretado de acordo com abrangente sentido.

Mirna Cianci é Procuradora do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Processual Civil pela PUC de São Paulo – PUC/SP. Coordenadora e professora da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – ESPGE/SP.

Rita Quartieri é Procuradora do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Processual Civil pela PUC de São Paulo – PUC/SP. Coordenadora e professora da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – ESPGE/SP.

Liliane Ito Ishikawa é Procuradora do Estado de São Paulo. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC de São Paulo – PUC/SP. Professora da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – ESPGE/SP.

¹ Tratando do princípio da igualdade no processo, José de Albuquerque Rocha (1995, p. 76) afirma que:

Luiz Guilherme Marinoni (2003) afirma que “o princípio do contraditório, na atualidade, deve ser desenhado com base no princípio da igualdade substancial, já que não pode se desligar das diferenças sociais e econômicas que impedem a todos de participar efetivamente do processo.” (...) Conclui o autor que, para que a participação no processo ocorra em igualdade de condições, o legislador e o juiz devem dispensar tratamento desigual aos desiguais.

Desse modo, tendo em vista o tipo de “interesse” defendido pela Fazenda Pública, e o adequado aparelhamento à promoção dessa defesa, é razoável conferir ao ente público tratamento diferenciado. José Roberto de Moraes² (2003, p. 66-78) apropriadamente destaca que

“[...] no momento em que a Fazenda Pública é condenada, no momento em que a Fazenda Pública sofre um revés, no momento em que a Fazenda Pública tenha que contestar uma ação ou recorrer de uma decisão, o que se estará protegendo, em última análise,

“Dessa maneira, no processo, refletem-se as duas dimensões da igualdade: a igualdade formal de corte liberal que, hoje, funciona como princípio geral limitador da atuação dos poderes públicos e a igualdade material própria do Estado social que visa a realizar a igualdade pelo tratamento normativo diferenciado a pessoas e situações diferentes. Manifestações processuais da igualdade formal são o princípio do acesso à justiça (direito de ação em sentido abstrato), o princípio do devido processo legal, do contraditório, da paridade de armas, etc., todos destinados a garantir um tratamento uniforme às partes, atribuindo-lhes as mesmas situações subjetivas jurídicas diante do órgão jurisdicional. Quanto à igualdade material, sua função, no processo, é a mesma desempenhada no campo do direito dito substancial, ou seja, visa a diminuir a existência concreta de diferenças de fato entre as partes. Exemplo de igualdade material no processo temos na assistência aos pobres, objetivando tornar efetivo o direito abstrato de acesso ao Judiciário; no processo trabalhista, na dispensa aos trabalhadores da prestação de depósitos, quando recorrentes; e, ações coletivas promovidas por consumidores, na não formação da coisa julgada, quando o pedido tenha sido julgado improcedente, etc.”

² Segundo o autor, “A Fazenda Pública, quando está em juízo, está defendendo o erário. Na realidade, aquele conjunto de receitas públicas que passam

é o erário. É exatamente esta massa de recursos que foi arrecadada e que evidentemente supera, aí sim, o interesse particular. Na realidade a autoridade pública é mera administradora. É lamentável, não há como omitir isto – e esta é uma das deficiências extremamente sérias que nosso sistema apresenta –, que não exista a possibilidade eficaz de punição pela chamada responsabilidade política, ou seja: se um administrador, qualquer que seja, gastar mal o dinheiro público desde que ele faça por meio que a lei permite (licitação, procedimentos administrativos, etc.), ele não pode ser apenado dentro da sua opção. Esta é uma desvantagem nossa, do nosso sistema que dá ao governante um arbítrio completo sobre como ele vai utilizar estes recursos, mas não se pode penalizar o sistema tal qual foi concebido porque eventual governante errou. Na realidade o procurador da Fazenda Pública quando está defendendo dada causa, está sempre, obrigatoriamente, necessariamente defendendo o erário.”

Portanto, legítima³ a previsão, no ordenamento processual, das prerrogativas

fazer face às despesas não é de responsabilidade, na sua formação, do governante do momento. É toda a sociedade que contribui para isso. Ficando no terreno estadual, todos nós aqui pagamos diariamente uma razoável quantidade, por exemplo, de ICMS, desde o momento que nós acordamos, fomos tomar banho, escovar os dentes e tomamos nosso café da manhã etc. E passamos fazendo isso o dia inteiro e toda a sociedade faz isso, nesse sistema tributário nosso, com toda certeza, até com razoável exagero (As prerrogativas e o interesse da Fazenda Pública).

³ O Superior Tribunal de Justiça, em diversos julgados, assim tem se pronunciado: “PROCESSO CIVIL - INTIMAÇÃO - PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA - IGUALDADE DAS PARTES - ASSIMETRIA DE RELAÇÕES - LEI 11.033/2004. “1. Dentre os princípios constitucionais que regem a relação processual está o da igualdade entre as partes, o qual não afasta as prerrogativas de partes em circunstâncias especiais, tais como: Ministério Público, Defensoria Pública e Fazenda Pública, abrangendo

processuais da Fazenda Pública as quais, tendo em conta as especificidades do direito material “público”, dão ensejo a uma tutela jurisdicional diferenciada, com previsão, no *iter* processual, de prazos diferenciados, do duplo grau de jurisdição obrigatório e de modelo de execução adequado à realidade constitucional de pagamento de precatórios. Mencione-se ainda o distinto critério de fixação de honorários advocatícios quando a Fazenda Pública é vencida, a desnecessidade de adiantamento de custas

também as autarquias e as fundações públicas. “2. A intimação pessoal instituída para estas entidades não desequilibra a relação, na medida em que representam elas a coletividade ou o interesse público. “3. A Corte Especial, em recente decisão, interpretando a regra que ordena a intimação da Fazenda Pública, deixou sedimentado que tal ato processual se realiza por oficial de justiça, contando-se o prazo da juntada do mandado, devidamente cumprido. “4. [...] (Processo: EDcl nº Resp 531308 / PR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL 2003/0070943-0. Relatora: Ministra ELIANA CALMON. Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento: 08/03/2005. Data da Publicação/Fonte: DJ 04.04.2005 p. 262 RDDP vol. 27 p. 122)”. O Supremo Tribunal Federal tem o mesmo entendimento “Discute-se a constitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997 [...]. A Lei n. 9.494, de 1997, [...] disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. O núcleo da discussão [...] no art. 1º-F da Lei n. 9.494, de 1997, que dispõe: ‘os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano’. [...] A decisão teve por base no Enunciado nº 32 das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais do Rio de Janeiro que dispõe: ‘O disposto no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97 fere o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF) ao prever a fixação diferenciada de percentual a título de juros de mora nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos federais.’ Não penso assim! O atentado à isonomia consiste em se tratar desigualmente situações iguais, ou em se tratar igualmente situações diferenciadas, de forma arbitrária e não fundamentada. É na busca da isonomia que se faz necessário tratamento diferenciado, em decorrência de situações que exigem tratamento distinto, como forma de realização da igualdade. É o caso do art. 188 do Código de Processo Civil [...]. Razões de ordem jurídica podem impor o tratamento diferenciado. O

processuais, a prescrição quinquenal, as vedações à concessão de liminares, etc.

Cabe indagar, nesse âmbito, se o novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei do Senado n. 166, de 2010) contempla tais prerrogativas ou se houve mitigação dessas regras processuais que favorecem a defesa do interesse público em prol do objetivo que norteia a nova ordem, o de conferir efetividade e celeridade à prestação jurisdicional.

Já de início, cabe notar que o Projeto, sem precedente anterior, confere especial destaque à Advocacia Pública, estabelecendo que ela possui como mister “a defesa e promoção dos interesses públicos”.⁴ O novo ordenamento, assim, parte desse paradigma, considerando que a Advocacia Pública⁵ tem contornos distintos da Advocacia Privada, o que evidencia a necessidade de se dispensar tratamento apropriado à sua atuação.

Supremo Tribunal Federal admite esse tratamento, em favor da Fazenda Pública, enquanto prerrogativa excepcional (AI-AgR 349477/PR - rel. Min. Celso de Mello, DJ 28-2-2003.) Esta Corte, à vista do princípio da razoabilidade, já entendeu, por maioria, que a norma inscrita no art. 188 do CPC é compatível com a CF/88 (RE 194925-ED-EDV Emb. Div. nos Emb. Decl. no RE, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 19-4-02). [...] Não é, porém, a questão que se põe nos presentes autos. O conceito de isonomia é relacional por definição. O postulado da igualdade pressupõe pelo menos duas situações, que se encontram numa relação de comparação. Essa [...]. Se a Lei trata igualmente os credores da Fazenda Pública, fixando os mesmos níveis de juros moratórios, inclusive para verbas remuneratórias, não há falar em inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei n. 9.494, de 1997. [...]. A análise da situação existente indica não haver qualquer tratamento discriminatório, no caso, entre os credores da Fazenda Pública, que acarretem prejuízo para servidores e empregados públicos (RE 453.740, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 28-2-07, DJ de 24-8-07)”

⁴ Art. 105. Incumbe à Advocacia Pública, na forma da lei, defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a Administração direta e indireta.

⁵ A Advocacia Pública, na Constituição Federal de 1888, é “função essencial à justiça” (CF, artigos 131 e 132).

Prazos duplicados e intimação pessoal

A primeira regra que confere tratamento processual diferenciado à Fazenda Pública consta do atual artigo 188 do Código de Processo Civil, que dispõe que o Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, bem como as suas Autarquias e Fundações gozarão do prazo em dobro para recorrer e quádruplo para contestar.

Leonardo José Carneiro da Cunha (2010, p. 40) afirma que “a regra aplica-se a qualquer procedimento, seja ordinário, seja sumário, seja especial, aplicando-se igualmente ao processo cautelar e ao de execução (com ressalva dos embargos do devedor, que constituem uma ação, e não um recurso nem uma contestação [...]). Somente não se aplica o art. 188 quando há regra específica fixando prazo próprio, a exemplo do prazo de 20 (vinte) dias para contestar a ação popular (Lei nº 4.717/1965, art. 7º, IV).”

Cuida-se de norma excepcional, razão pela qual deve ser interpretada de forma restritiva, “o que equivale a dizer que a Fazenda Pública só se beneficia do prazo quadruplicado para contestar e dobrado para recorrer, não alcançando os demais atos processuais” (Cf. OLIVEIRA, 2004).⁶

⁶ A regra aplica-se também quando a Fazenda Pública atua como assistente simples. A exemplo, julgado do STJ: PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - INTERPRETAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 188 DO CPC - FAZENDA PÚBLICA NA QUALIDADE DE ASSISTENTE SIMPES DE EMPRESA PÚBLICA ESTADUAL - PRAZO EM DOBRO PARA RECORRER - FINALIDADE DA NORMA. 1 - Interpretando literalmente o disposto no art. 188 do Código de Processo Civil, que dispõe: “computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público”, a figura do assistente simples não está contida no termo “parte”. Contudo, a interpretação gramatical, por si só, é insuficiente para a compreensão do “sentido jurídico” da norma, cuja finalidade deve sempre ser buscada pelo intérprete e aplicador, devendo ser considerado, ainda, o sistema jurídico no qual a mesma está inserida. Desta forma, o termo “parte” deve ser entendido como “parte recorrente”, ou seja, sempre que o recorrente for a Fazenda Pública, o prazo para interpor o recurso é dobrado. Esta é a finalidade da

O novo ordenamento mantém a prerrogativa de prazo diferenciado. Será, porém, sempre em dobro e vigora para “todas as manifestações processuais” da Fazenda Pública.⁷

Se por um lado houve redução do prazo para contestar – a nova ordem não prevê prazo em quádruplo –, a duplicação de prazo, hoje restrita à via recursal, foi estendida para *todas as manifestações do Advogado Público*, o que é mais benéfico que a regra anterior. O prazo duplicado não se aplica quando houver prazo próprio estabelecido pelo Projeto, como é o caso do prazo para impugnação à execução contra a Fazenda Pública, fixado em trinta (30) dias (Projeto 166/2010, art. 520).

Há ainda distinta regra quanto ao termo inicial do prazo, que no Projeto tem fluência a partir da vista pessoal dos autos⁸. Com isso, os Procuradores Estaduais e Municipais passaram a ser beneficiados com a prerrogativa da *intimação pessoal de seus procuradores*, que hoje favorece apenas os representantes judiciais da União (Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional e Procuradores Federais, que representam as autarquias e fundações públicas federais, assim como Procuradores do Banco Central).⁹

norma. *In casu*, o Estado de Pernambuco, na qualidade de assistente simples de empresa pública estadual, tem direito ao prazo em dobro para opor Embargos de Declaração, cuja natureza jurídica é de recurso, previsto no art. 496, IV, da Lei Processual Civil. 2 - Precedente (REsp nº 88.839/PI). 3 - Recurso conhecido e provido para, reformando o v. acórdão recorrido, determinar o retorno dos autos à Corte *a quo*, a fim de que esta aprecie os Embargos Declaratórios em questão, porquanto tempestivos. (REsp 663.267/PE, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 17/05/2005, DJ 13/06/2005, p. 317)

⁷ Art. 106. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da vista pessoal dos autos.

⁸ O substitutivo apresentado pelo Senado Federal eliminou a expressão “mediante carga ou remessa”, que constava na versão original do Projeto.

⁹ A prerrogativa de citação pessoal foi conferida aos membros da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria da Fazenda Nacional, nos termos da Lei

Honorários advocatícios

O Projeto estabelece nova formulação para o arbitramento de honorários advocatícios em desfavor da Fazenda Pública. Se, no sistema atual, a verba é fixada mediante apreciação equitativa do juiz¹⁰, na nova ordem os honorários são tarifados de acordo com o valor da causa.

No texto apresentado ao Senado constava inicialmente que, quando vencida a Fazenda pública, os honorários deveriam ser arbitrados entre os percentuais de cinco por cento (5%) e dez por cento (10%) sobre o valor da condenação, do proveito, do benefício ou da vantagem econômica obtidos.¹¹

Complementar n. 73/93, que dispõe: Art. 35. A União é citada nas causas em que seja interessada, na condição de autora, ré, assistente, oponente, recorrente ou recorrida, na pessoa: I - do Advogado-Geral da União, privativamente, nas hipóteses de competência do Supremo Tribunal Federal; II - do Procurador-Geral da União, nas hipóteses de competência dos tribunais superiores; III - do Procurador-Regional da União, nas hipóteses de competência dos demais tribunais; IV - do Procurador-Chefe ou do Procurador-Seccional da União, nas hipóteses de competência dos juízos de primeiro grau. (...) Art. 38. Intimações e notificações são feitas nas pessoas do Advogado da União ou do Procurador da Fazenda Nacional que officie nos respectivos autos. Art. 20. As intimações e notificações de que tratam os arts. 36 a 38 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, inclusive aquelas pertinentes a processos administrativos, quando dirigidas a Procuradores da Fazenda Nacional, dar-se-ão pessoalmente mediante a entrega dos autos com vista. A Lei n. 9.028/95 também dispõe: "Art. 6º A intimação de membro da Advocacia-Geral da União, em qualquer caso, será feita pessoalmente". Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues (2000) considera que "a modificação revela-se adequada e justa, pois o tratamento diferenciado dispensado aos representantes judiciais dos diversos entes da federação pela sistemática atual não possui qualquer justificativa plausível".

¹⁰ Art. 20. (...) § 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo anterior.

¹¹ § 3º Nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados entre o mínimo de cinco por cento e o máximo de dez por cento sobre o valor da condenação, do proveito, do benefício

Essa disposição motivou acesa polêmica, uma vez que não raras vezes as ações judiciais propostas contra o Poder Público envolvem discussão de políticas públicas, como concessão de rodovias, construção de grandes obras, com atribuição de milionário valor à causa. Não obstante venha a ser vencida apenas ocasionalmente, suportaria a Fazenda Pública, neste caso, o pagamento de elevada verba honorária.

O legislador se sensibilizou com o fato de que a tarifação de honorários em percentual sobre o valor da demanda poderá implicar em demasiada onerosidade ao erário em prejuízo da coletividade, que irá suportar esse dispêndio. Por isso, o Senado Federal apresentou no substitutivo nova proposta, estipulando percentuais ajustados ao valor da causa:

"Art. 87

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, os honorários serão fixados dentro seguintes percentuais, observando os referenciais do § 2º:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento nas ações de até duzentos salários mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento nas ações de duzentos até dois mil salários mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento nas ações de dois mil até vinte mil salários mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento nas ações de vinte mil até cem mil salários mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento nas ações acima de cem mil salários mínimos."

Determina ainda a regra que se observe os referenciais do § 2º do artigo 87, ou seja, o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa e o trabalho exigido pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

ou da vantagem econômica obtidos, observados os parâmetros do § 2º.

Embora os percentuais sejam adaptados ao valor da causa, certo é que a regra não evita distorções, diante de seu caráter impositivo ao magistrado, que não poderá fixar valores inferiores aos percentuais estabelecidos. Por exemplo, em ações com valor da causa acima de cem mil salários mínimos, a verba honorária não poderá ser inferior a um por cento sobre o valor da causa, o que resultará em milionário valor de honorários advocatícios, em prejuízo ao erário.

Ao contrário, o disposto no parágrafo 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil em vigor demonstra claramente a preocupação do legislador em não onerar em demasia os cofres fazendários, o que importaria em prejuízo à comunidade como um todo em benefício de uns poucos privilegiados, bem como em evitar a flagrante ofensa ao princípio de igualdade de tratamento das partes em juízo, que ocorre no tocante à fixação da verba honorária sempre que a Fazenda do Estado é parte na ação.¹²

Reexame necessário

O reexame necessário é “condição de eficácia da sentença, que, embora existente e válida, somente produzirá efeitos

¹² O Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, decidiu o seguinte: “Sendo a parte vencida Fazenda Pública Municipal, fixam-se os honorários consoante apreciação equitativa do juiz, nos termos do § 4º do art. 20 do CPC. Não está o magistrado, portanto, adstrito à percentagem mínima sobre o valor total da condenação, ao contrário do que sucede normalmente por força do disposto no § 3º do citado dispositivo legal” (Ac. unân. da 2ª T. do STF, de 12-9-75, no Agr. Reg. Mº Agr. 62.727-SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES). “Não viola dispositivo do CPD a decisão que fixa os honorários do advogado devidos pela Fazenda Pública em menos de 10% do valor da condenação, eis que aplicável, no caso, é o § 4º e não o § 3º do art. 20 do referido Código” (Ac. unân. da 1ª T. do STF, de 24-11-77, no RE 87.648- SP, Rel. Min. CUNHA PEIXOTO; DJ de 10-3-78, p. 1.175). “Nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão equitativamente fixados pelo juiz - art. 20, § 4º do CPC. Desatenção a esse critério legal enseja o apelo extraordinário.” (Ac. Unân. da 2ª T. do STF, de 15-12-78, no RE 90.273-2-RJ, Rel. Min. CORDEIRO GUERRA, DJ de 23-2-79, p. 1.2240).

depois de confirmada pelo Tribunal. Não é recurso por lhe faltar: tipicidade, voluntariedade, tempestividade, dialeticidade, legitimidade, interesse em recorrer e preparo, características próprias dos recursos. Enquanto não reexaminada a sentença pelo Tribunal, não haverá trânsito em julgado e, conseqüentemente, será ela ineficaz.” (Cf. NERY JUNIOR, 2006).

O instituto teve diverso tratamento no Projeto 166/2010¹³, destacando-se a ampliação do limite de sua dispensa para mil salários mínimos. Hoje, o limite é de sessenta (60) salários mínimos.

O critério VALOR para a sujeição das causas ao reexame necessário encontra dificuldades e verdadeira inadequação. Acontece que - e isso só quem atua diariamente na defesa do interesse público tem perfeita noção - não é nada raro que questões de altíssima relevância do Estado não tenham conteúdo econômico algum.

Exemplificando: em ação visando anular nada menos que a venda do Banespa, o valor da causa é R\$ 1.000,00 (mil reais), apesar da enorme relevância do tema. Nas

¹³ Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI). § 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los. § 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. § 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente. Art. 478. (...) § 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação ou o direito controvertido for de valor certo não excedente a mil salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. (...) § 4º Quando na sentença não se houver fixado valor, o reexame necessário, se for o caso, ocorrerá na fase de liquidação.

ações de privatização de estatais, em que inúmeras ações são propostas, visando evitar o leilão de privatização e o valor dessas causas é ínfimo (por falta de conteúdo econômico), sendo que o alto interesse público é indiscutível.¹⁴

O substitutivo apresentado pelo Senado¹⁵ não resolve a questão, uma vez que estabelece percentuais de maior valor de acordo com a entidade da Federação, o que não condiz com a realidade – não é a entidade de direito público que determina o valor e a importância do reexame. Além disso, também não garante a regra o reexame de questões de relevância para os vários entes federativos e com valor da causa inferior aos percentuais estabelecidos pelo dispositivo e, pior, deixa ao desabrigo a situação de Municípios desprovidos de Procuradorias.

Disso resulta ainda mais evidente que o critério “valor”, além de não atender relevantes questões envolvendo o interesse público, também não leva em conta as dimensões quase continentais do País e suas diferenças particulares.

Dando ênfase à valorização dos precedentes judiciais e à busca pela uniformização das decisões proferidas em ações idênticas, o parágrafo terceiro do artigo 483 estabelece a dispensa quando a sentença estiver fundada em “I – súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II – acórdão proferido

¹⁴ Mais importante que limitar ao valor, será possibilitar a não sujeição ao reexame sob autorização administrativa, o que viabilizaria que os advogados públicos pudessem deixar de recorrer em casos que entendem dispensável esse reexame, como de rotineiro ocorre nos casos de recursos especial/extraordinário.

¹⁵ Art. 483. (...) § 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que o valor da condenação, do proveito, do benefício ou da vantagem econômica em discussão for de valor certo inferior a: I – mil salários mínimos para União e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II – quinhentos salários mínimos para os Estados, o Distrito Federal e as respectivas autarquias e fundações de direito público, bem assim para as capitais dos Estados; III – cem salários mínimos para todos os demais municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

pelo Supremo Tribunal Federal acrescenta a hipótese de dispensa do reexame necessário quando a sentença estiver fundada em orientação adotada em recurso representativo da controvérsia ou incidente de resolução de demandas repetitivas; III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.”

Como afirma Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues (2000), “tal alteração guarda perfeita sintonia com o objetivo principal do novo Código, qual seja, a busca pela maior celeridade na entrega da prestação jurisdicional. Com efeito, não haveria sentido em obstaculizar a via recursal e, em sentido diametralmente oposto, viabilizar a subida dos processos aos tribunais por força de reexame necessário sobre matérias já pacificadas pelo promissor instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas”.

Execução contra a Fazenda Pública

Na seara da execução, não mais subsiste a execução autônoma em face da Fazenda Pública, estabelecendo a nova ordem processual, na linha do sincretismo, o “cumprimento de obrigação de pagar quantia pela Fazenda Pública”.¹⁶

O artigo 501¹⁷ do Projeto estabelece que, na obrigação de pagar quantia devida pela

¹⁶ Os artigos 730 e 731 do CPC/73 regem o tema da execução contra a Fazenda Pública. Art. 730. Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras: (Vide Lei nº 9.494, de 10.9.1997) I – o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente; II – far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito. Art. 731. Se o credor for preterido no seu direito de preferência, o presidente do tribunal, que expediu a ordem, poderá, depois de ouvido o chefe do Ministério Público, ordenar o sequestro da quantia necessária para satisfazer o débito.

¹⁷ Art. 501. Na ação de cumprimento de obrigação de pagar quantia devida pela Fazenda Pública, transitada em julgado a sentença ou a decisão que julgar a liquidação, o autor apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito. Intimada a Fazenda Pública está poderá, no prazo de um mês,

Fazenda, transitada em julgado a sentença ou a decisão que julgar a liquidação, o autor apresentará memória de cálculo e a Fazenda será “intimada”, e não mais citada.

Seria adequado esse novo formato com as garantias previstas no ordenamento processual como um todo, em prol do interesse público? É compatível ainda com o sistema constitucional de pagamento de precatórios?

Entre os principais aspectos, cabe destacar que, não sendo autônoma a execução, a defesa da Fazenda Pública é endoprocessual. Embora não rotulada como impugnação, estabelece o Projeto que “a Fazenda, intimada, poderá demonstrar as hipóteses que abaixo especifica”.

O Projeto, na versão inicial, reduziu os temas de defesa para o excesso de execução, a inexigibilidade da sentença ou a existência de causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, desde que superveniente à sentença. Sensível a essa redução, o substitutivo apresentado pelo senador Valter Pereira¹⁸ restabeleceu as

demonstrar: I - fundamentadamente e discriminadamente, a incorreção do cálculo apresentado pelo autor ou que este pleiteia quando superior à que resultaria da sentença; II - a inexigibilidade da sentença ou a existência de causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação superveniente à sentença. § 2º Não impugnada a execução ou rejeitadas as alegações da devedora, expedir-se-á, por intermédio do presidente do tribunal competente, precatório em favor do credor, observando-se o disposto no art. 100 da Constituição da República. § 3º Tratando-se de obrigação de pequeno valor, nos termos da Constituição da República e reconhecida por sentença transitada em julgado, o pagamento será realizado no prazo de dois meses contados da entrega da requisição de débito, por ordem do juiz, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima de banco oficial, independentemente de precatório. § 4º Na execução por precatório, caso reste vencido o prazo de seu cumprimento, seja omitido o respectivo valor do orçamento ou, ainda, seja desprezado o direito de precedência, o presidente do tribunal competente deverá, a requerimento do credor, determinar o seqüestro de recursos financeiros da entidade executada suficientes à satisfação da prestação.

¹⁸ Art. 520. A Fazenda Pública será intimada para, querendo, no prazo de trinta dias e nos próprios autos, impugnar a execução, cabendo nela arguir: I - falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia;

mesmas hipóteses de defesa que vigoram no ordenamento atual.

Quanto aos efeitos dos embargos opostos em execução contra a Fazenda Pública, possuem efeito suspensivo, uma vez que o parágrafo 1º do artigo 739, que estabelece que os embargos não terão mais esse efeito, não se aplica à Fazenda, em razão do regime especial constitucional. No Projeto não há qualquer menção à suspensão com o oferecimento da impugnação. Porém, estabelece o texto que o precatório será expedido após “rejeitadas as alegações da devedora”, pois, antes disso, haverá controvérsia a respeito do objeto da execução, não se tendo ainda um valor certo. Com isso, admite-se a suspensão da execução com o oferecimento dessa espécie de defesa.

Há importante polêmica na doutrina e na jurisprudência sobre a possibilidade de execução provisória contra a Fazenda Pública, a qual, no ordenamento constitucional, encontra o óbice do “trânsito em julgado” (CF, artigo 100), assim considerado o esgotamento dos recursos no processo de conhecimento e no processo de execução.

A jurisprudência tem admitido a execução de decisão condenatória provisória contra a Fazenda desde que não haja a expedição de precatório ou, pelo menos, desde que prestada caução idônea. A expedição de precatório é que fica condicionada ao prévio trânsito em julgado da sentença. O

II - ilegitimidade de parte; III - a inexigibilidade do título; IV - o excesso de execução; V - cumulação indevida de execuções; VI - incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz; VII - qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença. ... § 4º Para efeito do disposto no inciso III da *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição da República em controle concentrado de constitucionalidade ou quando a norma tiver sua execução suspensa pelo Senado Federal.

Projeto mantém o mesmo sistema, valendo destacar que o substitutivo do Senado admite, na linha hoje dominante, expedição de precatório da parte incontroversa¹⁹, ou que não se encarta no conceito de provisoriedade, uma vez que indiscutível a parcela em questão.

Por fim, no âmbito da execução, o Projeto traz disposições para regulamentar o pagamento das obrigações de pequeno valor que as Fazendas devam fazer em virtude de sentença transitada em julgado, que não se submetem à regra do precatório.

No sistema atual, a matéria é regulada apenas pela Constituição Federal, que delega ao legislador infraconstitucional a definição dos valores que serão assim considerados, prevendo a possibilidade de que se estabeleça valores distintos para as entidades de direito público, segundo a respectiva capacidade econômica.

O Projeto, indo além da Constituição Federal, estabelece o prazo de dois (2) meses para cumprimento das obrigações de pequeno valor. A previsão é inconstitucional, uma vez que o legislador constituinte, ciente das peculiaridades de cada ente federativo, delegou aos mesmos estabelecer o valor para configuração de OPV, bem como o prazo para pagamento dessas obrigações.²⁰

Inovou ainda o texto quanto à previsão de sequestro. Na nova ordem, a medida é devida não só em caso de preterição e omissão do valor no orçamento, mas em

hipótese de vencimento do prazo para o seu cumprimento, o que não está previsto no texto constitucional. Por conta da inconstitucionalidade – a disposição amplia as hipóteses constitucionais de seqüestro –, a regulamentação do seqüestro foi retirada do substitutivo apresentado pelo Senado.²¹

Dispensa de adiantamento das despesas processuais

O artigo 19 do Código de Processo Civil atual trata das despesas processuais prevendo, como regra geral, que as partes devem adiantar as despesas do processo em curso, cabendo ao autor pagar as despesas dos atos determinados pelo juízo, de ofício ou requeridas pelo Ministério Público. Regra semelhante é prevista no artigo 85 do Projeto, na redação que consta do substitutivo.

O diploma processual dispensa a Fazenda Pública do pagamento prévio das despesas dos autos processuais, que poderão ser pagas no final do processo, se for vencida (CPC, art. 27).

Muito se discutia se as despesas restringem-se aos atos processuais relacionados às atribuições dos serventuários da Justiça ou de outros agentes públicos, não alcançando os serviços prestados por particulares, a exemplo dos peritos. Por conta dessa polêmica, foi editada a Súmula nº 232 do Superior Tribunal de Justiça, que estabeleceu: “A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito”.

O Projeto adotou o entendimento sumulado, mantendo a regra da dispensa de

¹⁹ Art. 520. § 3º Tratando-se de impugnação parcial, a parte não questionada pela executada será, desde logo, objeto de cumprimento.

²⁰ Art. 100. (...) § 3º O disposto no *caput* deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009) § 4º Para os fins do disposto no § 3º, poderão ser fixados, por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

²¹ Art. 520. (...) § 2º Não impugnada a execução ou rejeitadas as arguições da executada: I - expedir-se-á, por intermédio do presidente do tribunal competente, precatório em favor do exequente, observando-se o disposto na Constituição da República; II - por ordem do juiz, dirigida à autoridade citada para a causa, o pagamento de obrigação de pequeno valor será realizado no prazo de sessenta dias contados da entrega da requisição, mediante depósito na agência mais próxima de banco oficial.

adiantamento de despesas processuais pela Fazenda Pública, com exceção das despesas periciais, que deverão ser pagas de plano por aquele que requerer a prova.²²

Conclusões

Após o exame das principais prerrogativas da Fazenda Pública no novo ordenamento, podemos concluir que não houve, exceto quanto ao tratamento do reexame necessário, relevante redução.²³

Vale observar, contudo, que a nova ordem estabeleceu inovações prejudiciais à Fazenda Pública, na medida em que não a excepcionou de sua abrangência. É o caso, por exemplo, da duplicação de honorários nas fases recursais, da excessiva previsão de multas, da abreviação do procedimento,

²² Art. 93. As despesas dos atos processuais efetuados a requerimento da Fazenda Pública serão pagas ao final pelo vencido, exceto as despesas periciais, que deverão ser pagas de plano por aquele que requerer a prova.

²³ Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues (2000) conclui no mesmo sentido: “No que concerne às modificações pontuais na Lei Adjetiva quanto às prerrogativas processuais da Fazenda Pública, pode-se dizer que apenas a limitação das hipóteses de reexame necessário converge, em última análise, para a busca da implementação das ideias centrais acima expostas, as quais norteiam a dinâmica do processo civil contemporâneo, chamado de processo de resultados, o qual preza, acima de tudo, pela efetividade dos direitos processuais e, por via de consequência, dos direitos materiais assegurados pela Constituição da República e pela legislação ordinária. Em razão de tal limitação, que trará como consequência a subida aos tribunais de um número consideravelmente menor de ações nas quais a Fazenda Pública figure no polo passivo, parece ser possível afirmar que haverá uma considerável economia de tempo, recursos e esforços por parte do Poder Judiciário, aliviando, desse modo, sua notória sobrecarga de serviço. O mesmo não se passa com as demais modificações relativas às prerrogativas processuais conferidas à Fazenda Pública. Como já afirmado, a substituição do prazo processual em quádruplo pelo prazo em dobro para a Fazenda Pública contestar não trará nenhuma contribuição significativa para a maior celeridade do Poder Judiciário. Não se verificará nenhum ganho sistêmico, pois nenhum processo deixará de ingressar nos tribunais. A medida não promoverá nenhuma redução no número de processos, mas apenas um encurtamento daqueles

etc., que irão dificultar a sua defesa e onerar os cofres públicos.

Palco de acirradas críticas, as prerrogativas processuais da Fazenda Pública, guardada a razoabilidade, não comprometem a desejada efetividade da prestação jurisdicional, senão por conta de análise superficial (e simplista) incapaz de alcançar o verdadeiro retrato da realidade forense.

Esse desiderato – alçado à bandeira da nova ordem processual – deve ser buscado não só em novos e céleres desenhos legislativos, mas na reforma abrangente e adequada.

Nessa concepção, cabe à administração do Judiciário a árdua tarefa de localizar as causas internas de enredo das demandas judiciais, eliminar as etapas “mortas” do processo, enfim, modernizar o aparelho²⁴,

feitos no prazo de quinze dias. Tal prazo revela-se ínfimo se considerado em termos de duração total de um processo, mas precioso para os advogados públicos reunirem informações, documentos e provas imprescindíveis à elaboração de uma defesa eficaz do ente político que representam. Do mesmo modo, a extensão da intimação pessoal aos representantes judiciais dos Estados, Distrito Federal e Municípios, a despeito de consistir em alteração legítima, que visa corrigir uma distorção injustificada do atual sistema, não possui o condão de promover a efetivação dos princípios constitucionais aqui ventilados”.

²⁴ Recente pesquisa levada a efeito pela Fundação Getúlio Vargas traz conclusão que não soa estranha a quem milita no foro: “Os cartórios judiciais produzem grande impacto na morosidade do processo e no acesso à Justiça. Esta é a conclusão de pesquisa inédita, divulgada pela Secretaria da Reforma do Judiciário, órgão do Ministério da Justiça, na última semana, em Brasília. De acordo com estudo encomendado à Fundação Getúlio Vargas, outros aspectos contribuem para o mau desempenho dos cartórios, entre eles o fato de eles não serem vistos como co-responsáveis do sistema de Justiça, dos funcionários não estarem motivados e do quadro organizacional e de funcionamento em vigor serem ineficientes. O chefe de gabinete da Secretaria da Reforma do Judiciário, Vinícius Wu, explicou que o estudo envolveu a análise de quatro diferentes cartórios de São Paulo, durante período de seis meses. Duas dessas instâncias situam-se na Capital, sendo que uma funciona há algumas décadas e a outra há mais de 100 anos. Os outros dois cartórios são do interior, um de uma comarca onde o juiz está lotado há mais de dez anos e o outro de localidade onde o magistrado responsável atua há menos de

pois não há, na seara do Legislativo, aptidão para, pelo meio normativo, ainda que com autoridade constitucional, reduzir o tempo no processo ou o volume de demandas que hoje atulham os escaninhos.

Referências

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 9. ed.. Salvador: Jus Podivm, 2008. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. O Direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, n. 278, Nov. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 22 fev. 2011.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MORAES, José Roberto de. As prerrogativas e o interesse da Fazenda Pública. In: BUENO, Cassio Scarpinella; SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito processual público*. São Paulo: Malheiros, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Othoniel Alves de. As prerrogativas processuais da fazenda pública em face do princípio constitucional da igualdade. *Âmbito jurídico*, Rio Grande do Sul, n. 63, abr. 2004. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6098>. Acesso em: 22 fev. 2011.

um ano. Fatores como o acervo processual, a relação de processos por escrevente e o relacionamento dos responsáveis com os funcionários foram levados em consideração. Uma das constatações foi de que o tempo em que o processo fica no cartório é alto, se comparado ao tempo total de tramitação. Descontados os casos em que os autos são levados ao juiz para alguma decisão ou retirados por advogados para vista e manifestação, *eles ficam nos cartórios por cerca de 80% a 95% do tempo total de processamento*. Segundo o estudo, no período em que estão sob o domínio do cartório, as ações estão aguardando alguma providência a ser realizada pelo funcionário ou o cumprimento de prazo pelos advogados". Disponível em: <<http://www.refad.com.br/viewnot.php?id=55>>. Acesso em: 23 maio 2008.

PARAHYBA, Ana Cristina de Paula Cavalcante; VIANA, Juvêncio Vasconcelos. As prerrogativas processuais da Fazenda Pública e os princípios fundamentais do processo. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17., Brasília, 2008. *Anais...*Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/brasil/03_448.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2011.

ROCHA, José de Albuquerque. *O Estado em juízo e o princípio da isonomia*. 3. ed. Fortaleza: Revista Pensar, 1995.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. As prerrogativas processuais da Fazenda pública no projeto do novo código de processo civil. *Jus Navigandi*, dez. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17425>>. Acesso em: 22 fev. 2011.

El nuevo CPC brasileño

Hacia la efectivización de los derechos y garantías fundamentales*

Roberto Omar Berizonce

Sumario

I. El fenómeno de la “constitucionalización de las garantías” en los países ibero-luso-americanos. II. Las tradiciones jurídicas y las reformas del proceso civil en la región. III. El nuevo CPC brasileño y los principios en que se sustenta. 1. El sistema articulado de principios fundantes y reglas de aplicación en el ordenamiento brasileño. 2. Principios y reglas. 3. Principios fundamentales y reglas en el ordenamiento procesal brasileño. 4. La articulación y ensamble de principios y reglas. IV. Una avanzada en el panorama de la legislación procesal ibero-luso-americana.

I. El fenómeno de la “constitucionalización de las garantías” en los países ibero-luso-americanos

A partir de las dos últimas décadas del siglo XX la mayoría de los países latinoamericanos, aunque tardíamente, ingresa en lo que se ha considerado la “fase madura” de uno de los fenómenos más importantes que ha sellado la evolución de la justicia en general, la “constitucionalización de las garantías” o, si se prefiere, la “procesalización del derecho constitucional”¹. No ha sido casual que como consecuencia del creciente proceso de democratización y

Roberto Omar Berizonce es Profesor Emérito de la UNLP, La Plata, Argentina. Presidente Honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

* Sem revisado do Editor.

¹ BEJARANO GUZMÁN R., *La procesalización del derecho constitucional en Colombia en La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho, E. Ferrer Mac-Gregor y A.Z. Lelo de Larrea (coord.), UNAM, México, 2008, v. VI, p. 173.

retorno a la institucionalidad democrática que en la región opera por ese entonces, se hayan dictado las nuevas o reformadas Constituciones de Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), México (1994 y ulteriores) y Venezuela (1999). Paralelamente, se tornan operativos los pactos y convenciones americanas sobre derechos humanos, particularmente la CADH de 1969, a los que en general se adjudica jerarquía constitucional en los propios Estados, sea de modo expreso (Colombia, art. 93 CP; Brasil, art. 5º § 3 incorporado por EC 45/04; Argentina, art. 75 inc. 23, CN; Venezuela, art. 23; Paraguay art. 141), o tácito.

La CADH, siguiendo el modelo de la CEDH, consagra un “núcleo duro” o “esencial” de principios para gobernar la administración de justicia civil, que vincula y obliga a todos los Estados miembros, y que resultan atingentes a la *condición del juez*, como imparcial e independiente; a las *partes*, a quienes se les ha de asegurar un acceso irrestricto a la jurisdicción y el derecho de defensa; y al *procedimiento*, el “*fair trial*” o debido proceso que ha de ser simple, claro y rápido, para ser oído “con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”, lo que conlleva el dictado de un pronunciamiento debidamente fundado y justo. Se trata de las “garantías judiciales” que se derivan del art. 8º y que se integran con el derecho a “un recurso sencillo y rápido” o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces que brinde amparo contra actos que violen los derechos fundamentales (art. 25). Las propias Constituciones, además, reconocen como garantía fundamental el derecho a la *tutela judicial efectiva*, bajo distintos enunciados (“eficaz prestación de los servicios de justicia” –CN Arg., art. 114, tercer párrafo, inc. 6 *in fine*; “derecho a la tutela jurisdiccional”, Const. Perú, art. 139 inc. 3; art. 5º, incisos XXXVII, LIII, LIV, LV, LVI, C.Br)².

II. Las tradiciones jurídicas y las reformas del proceso civil en la región

1. En la primera década del nuevo milenio el derecho procesal iberoamericano se encuentra inmerso en un proceso, en general, de profundas transformaciones que avanza en diversos frentes y a distintas “velocidades” en cada uno de los sistemas nacionales. Tratando de superar sus tradicionales disfuncionalidades, se encamina a recoger y acompañar, de uno u otro modo, las grandes tendencias que se vislumbran en el derecho comparado: 1) el afianzamiento de la concepción de la justicia civil como manifestación de una de las *funciones públicas* esenciales del Estado democrático de derecho, o Estado “de justicia”, con sus correlatos del aseguramiento de las *garantías fundamentales del proceso* y su *efectividad* en concreto (la “edad” de las garantías), en consonancia con su “constitucionalización” y consagración en los pactos y convenciones internacionales a los que adhirieran los países de la región. 2) Como consecuencia de ello, la emergencia de novedosas *tutelas procesales diferenciadas*, que introducen jurisdicciones y técnicas procesales especiales para brindar protección a sujetos y situaciones particularmente necesitadas, que las propias Constituciones o los pactos enuncian con particular énfasis en el catálogo de los derechos fundamentales –derecho a la vida, a la dignidad, a la salud, a la educación y, en general, derechos económicos, sociales y culturales-, incluyendo los derechos de incidencia colectiva –tutela del ambiente, de consumidores y usuarios, de la institucionalidad democrática en general-. 3) la *armonización transnacional* de la justicia civil, primeramente en la región en torno de los Códigos Modelo Iberoamericanos, de Proceso Civil y de Procesos Colectivos, y sobremanera a partir de una vigorosa tendencia que comienza a vislumbrarse en varios países, aunque con

² OTEIZA E., *Disfuncionalidad del modelo de proceso civil en América Latina en III Congreso Internacional de*

Derecho Procesal. Garantismo y crisis de la justicia, Cartagena de Indias, 2-4 setiembre de 2009.

diversa intensidad, y que sustentándose promiscuamente provienen de las Constituciones y de los tratados y convenciones sobre derechos humanos –especialmente la CADH–, a través de una interpretación judicial creativa y progresista, comienza a perfilar diversas líneas maestras, coincidentes, propias de una novedosa justicia de “acompañamiento” para la tutela efectiva de los derechos fundamentales. 4) El tránsito hacia la consolidación de los *métodos alternativos de solución de conflictos* y la superación de las contradicciones que plantean frente a la concepción publicística del proceso. 5) la emergencia, cada vez más notoria, de *nuevas misiones de los jueces*, como activistas gestores, ejecutores y garantes de la efectividad de las garantías fundamentales y, como consecuencia, el papel de la jurisprudencia como *fuerza del derecho*. De todo lo cual ha derivado una inédita tendencia hacia la construcción de un “constitucionalismo global” para la tutela de los derechos fundamentales.

2. Semejantes transformaciones se insertan, conviene subrayarlo, en sistemas de enjuiciamiento que se asientan en comunes y antiguas tradiciones jurídicas que aún perviven no obstante los singulares avances que han venido operando especialmente durante el último medio siglo.

Las distintas legislaciones de los países del subcontinente sudamericano nacieron y se desarrollaron en la tradición del *civil law* continental europeo, cuyas variables estructurales fundamentales aún perduran en aquellas: a) la *naturaleza del órgano jurisdiccional*, confiado a jueces profesionales dotados de específica competencia técnica jurídica, que solo excepcionalmente cuentan con gabinetes técnicos multidisciplinarios de apoyo (tribunales de familia o de menores, etc.); lo cual ha condicionado la propia evolución de los ordenamientos procesales, que han pasado tíbiamente del originario esquema escriturario hacia un sistema mixto de escritura y oralidad; b) la *independencia jurisdiccional*, que está

condicionada principalmente por el *método de selección* burocrática de los jueces, su ingreso y permanencia dentro de una carrera jerárquica progresiva hasta su jubilación, idealmente al margen de las influencias políticas a partir de confiar el “gobierno” del Poder Judicial a un órgano independiente conformado por los distintos estamentos involucrados (Consejos Generales o Superiores de la Magistratura); c) la *formación jurídica de jueces y abogados*, a través de las Escuelas o Facultades de Derecho universitarias, mediante estudios predominantemente teóricos y abstractos, en base a clases “magistrales” con escaso entrenamiento práctico para la resolución de los casos concretos. Situación atenuada, solo en parte, por la organización del “tirocinio profesional” para los abogados y la creación de Escuelas de la Magistratura; d) la *misión de los jueces*, influida por lo anterior y especialmente por desenvolverse con sujeción al esquema “piramidal” jerárquico y al principio de legalidad, que acota fuertemente el poder de creación del derecho a través de la interpretación pretoriana; e) el *funcionamiento del proceso civil* deviene acorde con la naturaleza del órgano y la misión asignada a los jueces. Sin embargo, resulta notoria una tendencia, que en paralelo con los más recientes avances operados en los modelos continental-europeos, se encamina a superar la tradicional concepción “privatista” del proceso, sustituyéndola por una visión “publicista”, en la que el juez pasa a instalarse en el centro mismo del proceso, como actor principal para gestionar su desarrollo ordenado, y aún, con poderes instructorios suficientes para esclarecer la verdad de los hechos en disputa y, de ese modo, asegurar el resultado justo y útil de la jurisdicción. Y como proyección se vislumbra un creciente “activismo” judicial sustantivo y procesal, que se convierte en el eje central que alienta una incipiente y rica creación pretoriana, especialmente encaminada al aseguramiento de los derechos fundamentales.

3. En la mayor parte de los ordenamientos del subcontinente americano viene operando el fenómeno, que de algún modo puede considerarse universal, de una fuerte fragmentación del modelo procesal del *civil law*, de predominante raíz franco-italiana, al que se adscribieran, al menos parcialmente, a partir de la segunda mitad del siglo anterior. Al presente se exhiben diversas experiencias de reformas, todavía *in itinere*, que pretenden adaptar y articular instituciones, técnicas y procedimientos originarios del sistema del *common law*, sea en la vertiente del derecho inglés o ya la del norteamericano, que vienen de tal modo a infiltrar el modelo tradicional. O bien, otras típicas del derecho continental europeo.

3.a. Así ocurre en el propio plano constitucional, al receptarse instituciones como el Tribunal Constitucional (Colombia, Perú, entre otros), o el Consejo de la Magistratura (Argentina, Brasil). En el ámbito legislativo, el ordenamiento brasileño constituye un ejemplo paradigmático del fenómeno de la “permeabilidad”, que permite la inserción de elementos “extraños” y su adaptación, para ser reconvertidos útilmente en el propio sistema nacional. Así, entre otras, se modelaron como instituciones propias, bajo inspiración principalmente en el derecho norteamericano, los *Juizados Especiais de Pequenas Causas* (ley federal 7244, de 1984), siguiendo el modelo de las *small claim courts*, e igualmente, con influencias del derecho japonés en punto a la estrategia de la búsqueda de soluciones amistosas con participación comunitaria. También, en la creación de un microsistema de procesos colectivos, el ordenamiento brasileño, que ha sido pionero en la región, adoptó técnicas básicas de la Regla 23 de las *Federal Rules of Civil Procedure* norteamericanas de 1966, que fueron la matriz de la ley 7347 de 1985 y, ulteriormente, del Código de Defensa del Consumidor de 1990, si bien se incorporaron conforme a una visión enriquecedora que le ha conferido identidad propia; v. gr., en punto al requisito de la

representación adecuada fijado mediante criterios objetivos, los efectos expansivos de la cosa juzgada, y el régimen especial de la conexidad y de la continencia entre acciones colectivas, entre otros. La técnica de la *injunctions* norteamericanas, además de los clásicos *writs* anglosajones, influenciaron directamente en el régimen genérico de cumplimiento de las obligaciones de hacer y de no hacer (art. 461, CPC) y que más adelante se extendió a las obligaciones de entrega de cosa cierta (art. 461-A). Surgieron de ese modo las sentencias condenatorias mandamentales, influidas también por la acción inhibitoria italiana y el régimen francés de las *astreintes*, lo que denota la originalidad de la solución brasileña. No menos significativo, el *contempt of Court* anglosajón inspiró la reforma del art. 14 CPC Br. (2001), si bien la regulación exhibe contornos propios diferenciadores (PELLEGRINI GRINOVER, 2007:651-664). Sin embargo, el proceso brasileño ha permanecido hostil al sistema de oralidad en el proceso por audiencias.

3.b. En cambio, otras instituciones se modelaron bajo influencia de técnicas y procedimientos desarrollados dentro de la propia familia del *civil law* continental europeo. Tal el caso de la tutela anticipatoria y satisfactiva (en Brasil, ley 8952, de 1994 y complementarias y con anterioridad en Uruguay, como medidas “provisionales y anticipadas” CGP, art. 317), estructuradas en base al *reféré* francés y la doctrina italiana. O la acción monitoria documental –regulada no solo en Brasil, sino además y aún con anterioridad, en Uruguay–, como adaptación del derecho italiano.

3.c. En este punto, conviene reparar en otro fenómeno singular: algunas de las instituciones y técnicas procesales “modeladas” en el derecho procesal brasileño están “migrando” hacia otros ordenamientos de la región, donde se las recibe por implante parcial en las legislaciones –*Juizados Especiais de Pequenas Causas*, tutelas anticipatorias y satisfactivas–, o bien por vía de la creación

jurisprudencial –las referidas tutelas en Argentina y otros países-. Y lo propio cabe decir de la “migración” de las instituciones del CGP Uruguayo, en tanto réplica del CMPCI.

4. En definitiva, con variantes y singularidades en los diversos ordenamientos de la región, parece claro que se constata en la mayoría de ellos un notorio retroceso en la distinción clásica entre *common law* y *civil law*, que se manifiesta en un número creciente de instituciones³; si bien siguen prevaleciendo en lo sustancial, en todos ellos, sin excepción, las estructuras fundamentales de la tradición del *civil law* continental europeo.

5. Por otro lado, se denotan ingentes esfuerzos de “modelización” del proceso civil, fenómeno singular oriundo precisamente en nuestra región, por impulso como es sabido del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en cuyo seno alumbraron, primeramente el Código Modelo Procesal Civil y Comercial (CMPCI), en 1988, y después Código Modelo de Procesos Colectivos (CMPCol.I), en 2006. Se resalta en ellos el propósito compartido de transformar los vetustos ordenamientos vigentes y sustituirlos por nuevos paradigmas que permitan superar el estado general de insatisfacción de la justicia.

Interesa memorar, por su directa relación con el propósito de nuestro análisis, que la exposición de motivos del primero, se explaya sobre los *principios rectores*, dedicando atención a la oralidad y proceso por audiencias; organización de la magistratura; poderes, deberes y responsabilidades del juez y de las partes. Entre las principales instituciones transformadoras que recoge el código se destacan aquellas propias de la creciente publicización del proceso civil y el

³ Como sostiene TARUFFO, las diferencias y contrastes se han venido diluyendo, entre otras razones, porque el legislador asume orientaciones de reforma más pragmáticas y menos inclinadas ideológicamente (*Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, Temis, Bogotá, 2006, trad. B.H. Quintero, p. 65).

libre e irrestricto acceso a la jurisdicción; la adopción del proceso por audiencias orales; la regulación de una audiencia preliminar, con finalidades múltiples (arts. 301, 302); el reconocimiento al juez de verdaderos poderes-deberes de observancia inexcusable (arts. 33 a 35) para la dirección e instrucción de las causas, potestades que se acentúan en los denominados procesos sociales (art. 310); doble instancia con un juez monocrático; la organización independiente del ministerio público (art. 36 a 42); la regulación de la tutela de los intereses colectivos o difusos (art. 53, 194); la prevención de los procesos fraudulentos o colusorios (art. 64); la protección cautelar genérica (art. 280); la instauración de procesos de estructura monitoria (art. 311 a 316); la admisión de medidas conminatorias para asegurar el cumplimiento de las decisiones; la consagración, en fin, de principios y directivas generales para guiar la interpretación finalista de los preceptos procesales (art. 1 a 3). Se trataba, en definitiva, de las grandes líneas tendenciales que por entonces se avizoraban en el derecho procesal iberoamericano⁴.

Una ilustrada doctrina procesal⁵ ha explicado con detenimiento los principios fundantes, la génesis del CMPCI y su

⁴ El Código “tipo”, como lo señalara VESCOVI, se inspiró en las más avanzadas instituciones de la región: el despacho saneador y el rechazo preliminar de la demanda, del derecho brasileño; el principio venezolano de que “las partes están a derecho”; los poderes del juez acordados por el código procesal argentino; el desarrollo de la prueba en audiencia de la legislación colombiana; el proceso monitorio del derecho uruguayo; el sistema apelatorio y el efecto diferido de origen costarricense y argentino, etc. (*Confrontación entre el Código Procesal Civil modelo iberoamericano y el proyecto de Código Europeo...*, en *Unificazione del diritto e rimedi alternativi per la risoluzione delle controversie civili nel sistema giuridico latinoamericano, estrato da Roma e America. Diritto Romano comune*, Mucchi ed., Roma, 1997, p. 110).

⁵ VESCOVIE., *Los códigos modelos. El Código Modelo para Iberoamérica*, en *El Derecho Procesal en el MERCOSUR*, Fac. Cs. Jur. y Soc. UNLitoral, Santa Fe, 1997, p. 491 y ss.. BARBOSA MOREIRA J.C., *Le code-modele de procedure civile pour l’Amerique latine...*, en *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, ed. Saraiva, São Paulo, 2001, pp. 191 y ss.. SIMON L.M., *La aplicación del Código Procesal Civil modelo en Iberoamérica*, relato general, VII Seminario

proyección posterior, principalmente a partir de su íntegra recepción en el CGP Uruguayo de 1989⁶ y parcialmente en el CPC Peruano de 1993⁷.

El debate a nivel doctrinario del CMPCI de 1988 se mantiene vivo en la actualidad con el objetivo de proceder a su actualización, al cabo de las diversas circunstancias que han sobrevenido en la región, especialmente la constitucionalización en varios países de nuevos derechos y garantías, la evolución de los sistemas de gestión, la irrupción de los medios alternativos, entre otras. Los necesarios ajustes de diseño del modelo e incorporación de nuevas instituciones, técnicas y procedimientos, comprende la regulación del régimen específico de las tutelas procesales diferenciadas; la instrucción preliminar (procedimientos de *pre-action*); los poderes de dirección e instrucción de las causas; flexibilización del sistema de preclusiones rígidas; las medidas anticipatorias, satisfactivas y de urgencia; los tipos procesales sumarios, de cognición plena y trámite simplificado; el régimen de los procesos repetitivos; el cumplimiento y ejecución de la sentencia, entre otros. El actual debate quedó inaugurado en las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Santiago de Chile, 2010)⁸.

Internazionale Formazione e caratteri del sistema giuridico latinoamericano e problemi del processo civile, Roma, 2002.

⁶ La bibliografía uruguaya es amplísima. Por toda ella: VESCOVI E., *La reforma de la justicia civil en Latinoamérica*, ob. cit., pp. 22 y ss.. VESCOVI E., director, *Código General del Proceso*, ed. Abaco, Montevideo, v. I, 1992 y sucesivos. Sobre el sistema de los principios del CGP y su fuente en el Código Modelo, v. 1, pp. 54-55.

⁷ MONROY GALVEZ J., *La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos*, 2ª ed. aumentada, Palestra ed., Lima, 2004, passim, especialmente pp. 81-89; 153-165; 289-314; 315-349; 351-355; 357-377; 433-447. Del mismo autor: *La reforma del proceso civil peruano quince años después, en Reforma procesal civil*, E. Oteiza coord., AADP, Rubinzal Culzoni ed., Bs.As., 2009, pp. 125 y ss.. SIMONS PINO A., *La evolución del proceso civil en Perú, en Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas*, Univ. de Lima, Lima, 2008, pp. 19 y ss..

⁸ Ilustran ampliamente sobre dicho debate las ponencias y comunicaciones recogidas en *Derecho*

III. El nuevo CPC brasileño y los principios en que se sustenta

En ese complejo y multifacético escenario que se dibuja en estos tiempos en el horizonte del proceso ibero-luso-americano, viene e irrumpir el proyecto de CPC para Brasil aprobado por el Senado Federal en diciembre de 2010.

La estructuración de un sistema de justicia, y dentro de ello la diagramación del modelo de enjuiciamiento común, constituye propiamente una operación política. Porque definir metas y objetivos, tanto como los medios para alcanzarlos, supone adoptar decisiones que, cuando están suficientemente sustentadas en el consenso general, producen profundas incidencias tanto en el seno de la sociedad como en el propio Estado y, dentro de éste, en la misión de los jueces.

En ese sentido, el nuevo ordenamiento procesal civil brasileño reafirma y se inserta como una avanzada en la legislación del subcontinente, dentro del movimiento de "*constitucionalización del proceso*", fenómeno por otra parte largamente extendido en las legislaciones europeas (GILLES, 2009:339-343). Se trata, y constituye su objetivo nuclear, del propósito de tornar efectivos, en concreto, los derechos y las garantías fundamentales que consagra la Constitución –y cabe agregar, las convenciones internacionales sobre derechos humanos suscriptas oportunamente–, es decir, aquellos valores y principios superiores que aloja la Carta "juridizada", el bloque áureo de constitucionalidad que como sostiene FERRAJOLI (2008:514-515), constituye también las garantías de la democracia. De ahí, precisamente, que la exposición de motivos del anteproyecto comience con la aseveración irrefutable que vincula el reconocimiento y la realización de los derechos al sistema proc-

Procesal contemporáneo, coord. R. Tavolari Oliveros, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2010, vs. I y II.

esal y la necesidad de su armonización con las garantías constitucionales de un Estado Democrático de Derecho. Y es bajo tales premisas que resalta el derecho fundamental a la *tutela judicial efectiva*, que el nuevo Código se propone asegurar a partir de cinco objetivos o directrices centrales, principalmente encaminados al logro de una verdadera “sintonía fina” con la Constitución, operando sobre (a) las condiciones que posibiliten a los jueces el dictado de sentencias justas, atendiendo a la realidad fáctica subyacente en la causa; (b) la simplificación en general de los desarrollados, etapas y actos del proceso; y (c) la búsqueda del máximo rendimiento posible de la actividad jurisdiccional.

1. El sistema articulado de principios fundantes y reglas de aplicación en el ordenamiento brasileño

El nuevo CPC viene entonces a articular un verdadero sistema integrado, de suyo complejo, en el que se armonizan y complementan, por un lado, los *principios y valores supremos* ya insertos en la Carta Fundamental y “reforzados” por el *bill of right* estampado en las convenciones internacionales de derechos humanos; y por otra parte, los principios y reglas infraconstitucionales que dimanán del propio texto procesal, ahora preñado de una poderosa batería de noveles o renovados principios procesales, expresados en la pródiga textualidad de los arts. 1º y 12 del Capítulo I, que estatuye sobre los “*principios y garantías fundamentales del proceso civil*”, dentro del Título I del Libro I. Bien que unos y otros –principios supralegales y reglas infralegales– se concretizan en numerosísimas reglas que emanan del propio CPC, en la “letra chica” que reglamenta instituciones, procedimientos y actos procesales. Inevitablemente la armonización perseguida imponía se incluyesen en el ordenamiento formal los propios *principios constitucionales*, “en su versión procesal”, como se asevera en la docente exposición

de motivos. Y, también, que numerosas *reglas* fueran concebidas para concretar tales principios fundantes. Bien que aquellas, naturalmente, por su propia entidad y relación de subordinación, no dispensan la observancia sustancial de éstos, que ejercen obvia supremacía.

Llegados a este punto, resulta menester abordar dos aspectos trascendentes, cuales son, en primer lugar, la distinción propia de la teoría general del derecho entre principios y reglas; y, en segundo lugar, el tratamiento que dichas conceptualizaciones reciben en el nuevo Código.

2. Principios y reglas

No es el objeto de estas líneas adentrarse en el análisis de tan complejas cuestiones, largamente debatidas dentro de la teoría general del derecho donde han estado instalados cuanto menos en las últimas seis décadas, ni siquiera intentar un análisis pormenorizado de las numerosísimas posturas, criterios y doctrinas que se han alineado en esos debates. Basta señalar las dificultades semánticas que se derivan de la ambigüedad e imprecisión de la expresión “principios”, sus diversos sentidos (DWORKIN, 1999:72,190; CARRIÓ 1994:2009-10; ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2008:68-78), su relación con los valores e incluso su asimilación (ALEXY, 1998:145), o con las denominadas “directrices políticas” (DWORKIN, 1999:190). Lo que está claro, nos parece, es que los principios son “normas fundantes”, criterios o reglas genéricamente formuladas, que están en la base de los ordenamientos jurídicos positivos; verdaderas reglas “inspiradoras” de una estructura, que le imprimen cierta dosis de cohesión y tendencia a la armonía, entre otras de sus funciones (ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2008:68-69). Mientras los principios son constitutivos del orden jurídico, en cambio las reglas, aún cuando puedan estar insertas en los textos fundamentales, son puramente instrumentales, se agotan

en sí mismas y no tienen ninguna fuerza más allá de lo que ellas significan; a los principios se les presta adhesión, a las reglas se las obedece (ZAGREBELSKY, 2005:110).

Al margen de tan arduos debates, en una síntesis apretada y por ello no exenta de arbitrariedad, parece claro que el reconocimiento de los principios jurídicos ha tenido profunda incidencia sobre la concepción clásica de las fuentes del derecho y correlativamente sobre la misión de los jueces. Los principios son esencialmente pautas o criterios de interpretación, orientaciones generales, guías o fórmulas que permiten elaborar una lectura armónica al conjunto de reglas contenidas en un determinado ordenamiento, y que se sustentan en exigencias básicas de justicia y moral apoyadas en la que puede ser considerada la “conciencia jurídica popular” (OTEIZA, 2001:10-11). La apertura “principiológica” provoca, de algún modo, la ruptura con el modelo subsuntivo derivado de un derecho basado en simples reglas; y, en ese contexto, el juez pasa a ser observado como quien identifica los consensos básicos de la sociedad, el *ethos* jurídico dominante, para erigirlos en sustento de sus decisiones. De ahí que el nuevo paradigma del Estado Democrático de Derecho presupone la superación del derecho como sistema de reglas, incorporando democráticamente a los principios en el discurso constitucional; y, con ello, la posibilidad, por conducto de los principios, de conectar la política con el derecho (STRECK, 2009:48; ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2008:32-57; GUZMÁN, 2011:6-7). A salvo, claro está, de todas las reservas y condicionamientos que provienen de las teorías del discurso, la argumentación para el apoyo de las decisiones y los límites de la razonabilidad que también integran las garantías fundamentales. Lo cual conduce también a la cuestión no menos ardua del conflicto, interferencia o choque entre principios y valores, el “peso relativo” de cada uno (DWORKIN,

1984:77), que lleva a la aplicación de la “ley de ponderación” (ALEXY, 2008:349).

3. Principios fundamentales y reglas en el ordenamiento procesal brasileño

Nos aventuramos ahora internándonos en el ordenamiento brasileño para poner en foco el cuadro, obviamente sintético y provisional, del régimen de los principios fundamentales y las principales reglas de aplicación que se dibujan en el nuevo CPC. Unas y otras se ensamblan entre distintos niveles normativos: la Constitución Federal y las convenciones internacionales; el capítulo de los Principios y garantías fundamentales, ya aludido; y las reglas del CPC.

3.1. En primer lugar, fluyen los principios fundamentales que tienen anclaje en la Constitución Federal vigente que tanto valorizó a la Justicia (TEIXEIRA S. de F., 1993:80) y las convenciones internacionales –principalmente el Pacto de San José de Costa Rica–, que incluyen, al menos, los siguientes pivotes: a) *acceso irrestricto a la justicia*; b) *juez natural*; c) *debido proceso legal* en contradictorio o bilateralidad de la audiencia; d) *celeridad* de los trámites y razonable duración del proceso (actividad jurisdiccional ininterrumpida, número de jueces proporcional a la afectiva demanda judicial, distribución inmediata de los procesos); e) *publicidad* de los actos jurisdiccionales (art. 93).

3.2. En segundo plano se inscriben los “*principios y garantías fundamentales del proceso civil*” enunciados en los arts. 1 a 12 del Capítulo I, Título I del CPC: a) sometimiento (por derivación) del ordenamiento procesal a los *principios fundamentales establecidos en la Constitución* y a la *legalidad* de las formas (art. 1º); b) principio *dispositivo*, en tanto el proceso solo comienza por iniciativa de parte, aunque se desenvuelve por impulso oficial (art. 2º); c) *igualdad de trato* para las partes (art. 7º); d) observancia del *contradictorio “efectivo”* (art. 7º), que supone la audiencia previa de las partes como requisito insalvable de las sentencias

o resoluciones del juez, salvo si se tratare de medidas de urgencia o concedidas a fin de evitar el decaimiento del derecho (art. 9º) y, aún, la prohibición para el juez de decidir, en cualquier grado de la jurisdicción, con base en fundamentos a cuyo respecto no se hubiere conferido a las partes oportunidad de manifestarse (art. 10); e) deber de *cooperación* de las partes, que tienen derecho a participar activamente en el proceso (art. 5º), debiendo contribuir para la rápida solución de la contienda, colaborando con el juez para la identificación de las cuestiones de hecho y de derecho y absteniéndose de provocar incidentes innecesarios o maliciosos (art. 8º); f) derecho de las partes a obtener en *plazo razonable* la solución integral de la litis, incluida la actividad satisfactiva (art. 4º); g) carácter *público* de todas las actividades del Poder Judicial y deber de *fundamentación* de todas las decisiones bajo el principio del libre convencimiento motivado, bajo pena de nulidad (art. 11), con la especial exigencia de que al aplicar la ley, el juez atenderá los fines sociales a que ella se dirige y a las exigencias del bien común, observando siempre los principios de dignidad de la persona humana, de razonabilidad, de legalidad, de impersonalidad, de moralidad, de publicidad y de eficiencia (art. 6º); h) deber de los jueces de proferir sus sentencias y (los tribunales) resolver los recursos, atendiendo al orden cronológico de conclusión, salvo las excepciones que se establecen (art. 12). Se trata, ha de convenirse, de un amplio y generoso despliegue de los principios, a tono con los criterios que la doctrina más conspicua difunde (PROTO PISANI, 2010:217-221; PELLEGRINI GRINOVER, 2008:4).

3.3. En un tercer nivel normativo, por último, se inscriben las numerosísimas reglas técnicas que el Código estatuye para la organización del debate judicial y con la finalidad de concretar y satisfacer los principios ya enunciados. Baste pensar, a título tan solo de ejemplo, de entre todas aquellas normas encaminadas a realizar el principio

o directriz de la aceleración y simplificación de los desarrollos litigiosos, ínsita en el derecho de las partes y correlativo deber del juez de decidir la litis en plazo razonable, más ampliamente en el principio de eficiencia jurisdiccional. Así, por caso, encaminan a ese propósito nuclear de las reformas, entre otras, las reglas relativas a la tutela de urgencia y de evidencia y su estabilización; los poderes atribuidos al juez para adaptar el procedimiento a las particularidad de la causa; los amplios poderes de dirección confiados al juez; el régimen de la conciliación judicial y de la producción anticipada de pruebas; las notificaciones electrónicas; la eliminación de diversos procedimientos especiales; la regulación del incidente de juzgamiento conjunto de demandas repetitivas; las reglas que consagran el “máximo rendimiento posible” de los actos del proceso o la preclusión elástica de las deducciones; la regulación de los recursos y las reglas tan significativas encaminadas a la uniformidad y estabilización de la jurisprudencia, en consonancia con otro principio fundamental, el de la legalidad y seguridad jurídica. No es ésta, claro, la ocasión para profundizar semejante arsenal de pertrechos para lidiar con la lacra de la excesiva prolongación del proceso y frondosas cuestiones aledañas, que de seguro serán abordados por la tan prestigiosa doctrina vernácula.

4. La articulación y ensamble de principios y reglas

En una aventurada valoración crítica de las nuevas perspectivas cabe resaltar el sano pragmatismo con que el legislador procesal afrontó el tratamiento de los “principios y garantías del proceso civil” en el aludido Capítulo I. Más allá de los tan meritorios, enjundiosos como inacabables debates doctrinarios, escogió un modelo propio, diferente pero a la vez útil y valioso, en el que a un mismo tiempo conviven a menudo superpuestos bajo el común denominador de “principios procesales”, aquellos que

ortodoxamente pueden ser considerados principios o valores fundantes, directrices políticas y simples reglas técnicas procesales. Podría sostenerse que semejante convivencia supone una simplificación inadecuada, a lo que cabe replicar que principios son, también y al margen de su íntima naturaleza, aquellos que el legislador estampe en la ley como tales (OTEIZA, 2001:3). Un código no es una obra doctrinaria sino política. La diversidad de métodos que muestra la legislación de los diversos países en el tratamiento de los principios constituye evidencia de la imposibilidad, o mejor la innecesariedad, de sujetarse *oborto collo* a las más exquisitas creaciones autorales que, por lo demás, lejos están aún de destilar conclusiones compartidas y definitivas.

La tarea pendiente del ensamble y armonización de los principios y valores fundamentales de raíz constitucional con aquellos otros consagrados en el ordenamiento procesal, y aún con las reglas técnicas, es la alta contribución que deberá efectuar la doctrina y la jurisprudencia. Mientras tanto, no deberá perderse de vista el valor decisivo de los principios, de todos los así nominados por la ley, como criterios de interpretación de las reglas técnicas del proceso al momento de fundamentar las sentencias. Que el nuevo Código no peque, en este terreno, por defecto, sino que todo caso, quizás, por exuberancia debe ser visto, en esa tarea hermenéutica, más bien como una oportunidad propiciatoria para la más fértil creatividad de la jurisprudencia, a tono con las necesidades concretas que agitan estos tiempos y el clamor por la eficacia en concreto de la tutela jurisdiccional de los derechos.

IV. Una avanzada en el panorama de la legislación procesal ibero-luso-americana

Alejado todo propósito de adelantar un juicio valorativo sobre el nuevo ordenamiento brasileño, séanos permitido de

todos modos, afirmar que con el tratamiento brindado a los “principios y garantías fundamentales del proceso civil” se inserta una novedosa cuan prometedora línea de avanzada que seguramente ha de influir en la legislación de los países de nuestra región ibero-luso-americana. Si es exacto que “para repensar el proceso, hemos de revisar los principios”, como expresa el tema del próximo Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal (Santa Fe, 8-10 junio 2011), parece evidente que la reforma brasileña ha apuntado al corazón mismo de los problemas con respuestas concretas y convincentes. Lo que en definitiva supone que los esfuerzos encaminados a hacer realidad, a través de la “sintonía fina” del modelo de enjuiciamiento civil, los derechos y garantías fundamentales prometidas por las Constitución Federal, se encuentran, en ese registro de los principios fundantes, larga y cumplidamente satisfechos. En horabuena, por el logro para el progreso de las instituciones procesales en Brasil, y también en Iberoamérica.

Bibliografía

- ALEX Y Robert, *Teoría del discurso y Derechos Humanos*, Univ. Externado de Colombia, Bogotá, 1995, trad. L. Villar Borda.
- *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica en Doxa*, Alicante, nº 5, 1998, pp. 139-151.
- *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, trad. C. Bernal Pulidó.
- *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, trad. M. Atienza y I. Espejo.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER Teresa, *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, ed. R. dos T., 2008, 2ª ed., pp. 61-98.
- BARBOSA MOREIRA José Carlos, *Le code-moèle de procedure civile pour l’Amerique latine...*, en *Temas de Direito Processual, Sétima Série*, ed. Saraiva, São Paulo, 2001, pp. 191-200.

- BEJARANO GUZMÁN Ramiro, *La procesalización del derecho constitucional en Colombia en La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*, E. Ferrer Mac-Gregor y A.Z. Lelo de Larrea (coord.), UNAM, México, 2008, v. VI, p. 173-182.
- CARRIÓ Genaro R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1994.
- DWORKIN Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1999, trad. M., Guastavino.
- FERRAJOLI Luigi, *Democrazia costituzionale e diritti fondamentali en La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*, E. Ferrer Mac Gregor y A. Z. Lelo de Larrea (coord.), UNAM, México, 2008, V. I, pp. 505-527.
- GILLES Peter, *Civil justice Systems and civil procedures in conversion. Main problems and fundamental reform movements in Europe: a comparative view en RePro*, nº 173, 2009, pp. 329-356.
- GUZMÁN Néstor Leandro, *Legalismo y constitucionalismo: como límites conceptuales en la interpretación de los principios procesales en un Estado Democrático de Derecho en R. O. Berizonce coord., Principios Procesales*, LEP, La Plata, 2011.
- MONROY GALVEZ Juan, *La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos*, 2ª ed. aumentada, Pa-lestra ed., Lima, 2004.
- *La reforma del proceso civil peruano quince años después*, en *Reforma procesal civil*, E. Oteiza coord., AADP, Rubin-zal Culzoni ed., Bs.As., 2009, pp. 125-195.
- OTEIZA Eduardo, *Disfuncionalidad del modelo de proceso civil en América Latina en III Congreso Internacional de Derecho Procesal. Garantismo y crisis de la justicia*, Cartagena de Indias, 2-4 setiembre de 2009.
- *Principios procesales: aclaraciones para contrarrestar su ambigüedad en R. O. Berizonce coord., Principios Procesales*, LEP, La Plata, 2011.
- PELLEGRINI GRINOVER Ada, *Mudanças estruturais para o novo processo civil en GUSMAO CARNEIRO y P. CALMON, organiz., Bases científicas para un renovado Direito Processual*, Instituto Brasileiro de Direito Processual 50 anos, Brasilia, 2006, V. I, pp. 3-8.
- *Cambios estructurales en el proceso civil brasileño en Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, A. de la Oliva Santos y D. I. Palomo Vélez, coord., ed. Jurid. de Chile, Santiago, 2007, pp. 651-673.
- PROTO PISANI Andrea, *Per un nuovo Codice di Procura Civile - Libro Primo*, RePro, nº 188, pp. 205-251.
- SIMON Luis María, *La aplicación del Código Procesal Civil modelo en Iberoamérica*, relato general, VII Seminario Internazionale Formazione e caratteri del sistema giuridico latinoamericano e problemi del processo civile, Roma, 2002.
- SIMONS PINO Adrián, *La evolución del proceso civil en Perú*, en *Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas*, Univ. de Lima, Lima, 2008, pp. 19 y ss..
- STRECK Lenio, *Verdad y consenso. Constitución, hermenéutica y teorías discursivas*, Lima, 2009, trad. A. Alvarez Aranda.
- TARUFFO Michele, *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, Temis, Bogotá, 2006, trad. B.H. Quintero.
- TAVOLARI OLIVEROS Raúl coord., *Derecho Procesal contemporáneo*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2010, vs. I y II.
- TEXEIRA Salvio de Figueiredo, *O aprimoramento do Processo Civil como garantia de cidadania en S. de F. Teixeira coord., As garantias do cidadão na Justiça*, ed. Saraiva, São Paulo, 1993, pp. 79-92.
- VESCOVI Enrique, *La reforma de la justicia civil en Latinoamérica*, Temis, Bogotá, 1996.
- *Confrontación entre el Código Procesal Civil modelo iberoamericano y el proyecto de Código Europeo...*, en *Unificazione del diritto e rimedi alternativi per la risoluzione delle controversie civili nel sistema giuridico latinoamericano*, estrato da Roma e America. *Diritto Romano comune*, Mucchi ed., Roma, 1997, pp. 99-110.
- *Los códigos modelos. El Código Modelo para Iberoamérica*, en *El Derecho Procesal en el MERCOSUR*, Fac. Cs. Jur. y Soc. UNLitoral, Santa Fe, 1997, p. 491-503.
- *Código General del Proceso*, VESCOVI E. director, ed. Abaco, Montevideo, v. I, 1992.
- ZAGREBELSKY Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 2005, trad. M. Gascón.

Segurança jurídica. Efetividade. Jurisprudência

Roberto Rosas

Sumário

Apreciação do Anteprojeto de Código de Processo Civil. Tópico do respeito à jurisprudência e à segurança jurídica.

1. O aspecto central e dorsal do Anteprojeto do Código de Processo Civil (2010) elaborado sob a presidência do Ministro Luiz Fux está na preocupação da segurança jurídica propiciadora ou reveladora das decisões judiciais, isto é, a segurança jurídica acarreta uma certeza na decisão, porque ela tem diretriz, ou ela consagrará a segurança jurídica, porque ratifica o conhecido, o exposto, o revelado por decisões judiciais. Isso se insere na efetividade tão apregoada ou querida por juízes e jurisdicionados, mas somente será realizado mediante maturidade de juízes e advogados, no respeito à jurisprudência, ao decidido pelos tribunais, e os juízes respeitem o consolidado, não divergindo, ou construindo novas teses sem apoio em legislação nova, fatos novos, circunstâncias novas.

Assim, o Anteprojeto mencionado traz importantes sinalizações para a segurança jurídica, com base no lema central - “Os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência ...” (art. 847).

2. A segurança jurídica é a tranquilidade do cidadão, do empresário, do administrador. Isso significa a estabilidade da jurisprudência e das relações jurídicas.

Roberto Rosas é Membro da Academia de Letras Jurídicas; Professor Titular da Faculdade de Direito da UnB. Advogado em Brasília.

De nada adianta uma eficiente legislação processual se as decisões variam ao sabor do dia, do julgador, da Câmara julgadora. É instabilidade pura.

3. De longa data, ouvem-se críticas à adoção de fórmulas fixas, como enunciados, prejudgados ou súmulas, porque pertencemos ao sistema jurídico europeu continental. Ora, tal circunstância não impede a adoção de instrumentos de estabilidade, e não dúvidas, fonte de imensa injustiça, e derrogação do princípio da isonomia. Alguém tem uma solução judicial, e outro, nas mesmas condições fáticas e legais, tem outra solução.

4. Portanto, o capítulo jurisprudência mereceu solução central em relação ao tema como o Anteprojeto (art. 847).

A jurisprudência é a interpretação uniforme dos tribunais, é diversa de precedente; se naquela há reiteração de orientação, neste há decisão isolada, ainda não consolidada, que pode e deve ser aproveitada em outros casos.

A consolidação da jurisprudência é fator de estabilidade jurídica, afinal a afirmação de uma orientação dá normas de conduta para orientação da sociedade, em especial da administração que se rege pela boa-fé objetiva. Se a jurisprudência é respeitada, todos sabem o seu caminho.

5. Dir-se-á da possibilidade da alteração da jurisprudência, e ela se dá a partir da mudança da lei que altere a normatividade para os fatos. Logicamente, não haverá persistência na aplicação da jurisprudência, mas o Anteprojeto admite essa alteração, no entanto exige – “A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas”. Portanto, é possível a mudança, sem surpresa ou aventura interpretativa.

Estabelecidas regras jurídicas e diretrizes, permite-se ao tribunal modular os efeitos da alteração, isto é, sai da regra geral dos efeitos *ex tunc* para a admissão dos efeitos *ex nunc*.

6. Outra diretriz importante do Anteprojeto está na definição de decisão persuasiva, decisão impositiva e decisão vinculante. As súmulas serão apresentadas como persuasivas, entretanto o chamado efeito vinculante (art. 27 – Lei 9.868/99) mudou essa orientação para entender a jurisprudência (em certos casos) como vinculativa, impositiva, obrigatória; rompemos, assim, com a ideia de que as decisões judiciais (precedentes) apenas indicavam aos juízes uma orientação, e não a imposição. O Anteprojeto é expresso – “a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ela vinculados” (art. 847, III).

7. O Anteprojeto dá destaque ao julgamento das chamadas demandas repetitivas (art. 847 e 895), isto é, aquelas que inserem os mesmos fatos e as mesmas normas jurídicas numa imensa simplificação.

8. Soluções devem ser previstas para a unificação da jurisprudência.

O Anteprojeto não trouxe uma solução idêntica ao atual Código na uniformização da jurisprudência (art. 476/479), mas algo semelhante (art. 865), porém, manteve os embargos de divergência (art. 959).

9. O Anteprojeto explicitará a importância da Súmula da jurisprudência predominante, num avanço metodológico que nos impõe certa digressão sobre esse instituto da súmula.

10. Em 1963, o Supremo Tribunal Federal julgava 3.500 processos, em 2011, centenas de milhares de processos. Naquela época, já pretendia o encontro de solução para o excesso de processos, na chamada crise do Supremo Tribunal Federal, na verdade crise do recurso extraordinário, porque naquele tempo todas as questões poderiam subir ao STF. Em 1957, houve uma comissão de reforma constitucional, e o tema foi aflorado. Houve uma sugestão drástica para a subida do recurso extraordinário. Outros mecanismos foram criados, na linha defensiva, com conteúdo restrito (prequestionamento, revisão de provas, reexame de cláusula contratual,

etc.). Nada limitava o acesso. Estabeleceu-se, então, a ideia de corporificação de linhas de pensamento ou solução em verbetes (ou enunciados) daqueles temas mais comuns, principalmente dos procedimentais. A ideia partiu do Ministro Victor Nunes Leal, com o apoio decisivo de outros Ministros, entre eles Gonçalves de Oliveira, Pedro Chaves e Evandro Lins e Silva. Uma parte, entre os Ministros mais antigos, resistia ao estabelecimento desses enunciados, alguns com aviso de não aplicação dos mesmos. Prevaleceu, então, a edição de verbetes, chamados de Súmulas da jurisprudência predominante, e assim surgiu a Súmula do STF, em 1963. O maior número concentrou-se nas regras procedimentais do recurso extraordinário (nº 279 – reexame de prova; nº 282 – prequestionamento; nº 288 – traslado completo).

A Súmula era um instrumento de orientação sobre determinado tema. Não se petrificava. Não era imutável, tanto que algumas foram alteradas (e até revogadas pelo STF; ex. Súmula 152 – alterada pela 494; 388 – cancelada por interpretação, depois restabelecida por força de lei). O passo decisivo na importância da súmula não está no seu momento de elaboração, e sim no futuro, na aplicação, na alteração, no cancelamento. Se os julgadores não seguem, de nada vale. Se o legislador altera a norma supedânea do texto, ela será alterada ou cancelada. Sem dúvida, ela é grande material de pacificação, ainda que haja discordância do seu texto, como ocorre com a Súmula 400 (razoável interpretação) tão criticada, mas com defensores.

A ideia da súmula consolidou-se e nessa década os tribunais superiores e os demais tribunais editam suas súmulas, mesmo porque o acesso à jurisprudência ainda é precário.

11. No Brasil, a informação da jurisprudência, isto é, o acesso aos julgados tem sido prestigiado pelas revistas especializadas, que, naturalmente, editam os acórdãos com atraso.

No século XIX e início do XX, a grande difusão foi feita pela Revista *Direito*, de J. J. do Monte. Com o surgimento da *Revista do Supremo Tribunal Federal*, na década de 20, surgiu novo alento nessa informação. Entretanto, essa revista, de edição privada, tornou-se um escândalo, porque a editora foi acusada de receber benefícios fiscais para importação de todo o material (papel, tintas de impressão etc.) e desviar essa finalidade em projetos próprios da editora. Morreu. Surgiu, em 1957, a *Revista Trimestral de Jurisprudência*, editada até hoje pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Ao lado, de grande importância e de notáveis contribuições, a *Revista Forense* (desde 1904) e a *Revista dos Tribunais* (desde 1912). É claro, que o 1º Regimento Interno do STF (1891) já determinava a publicação de suas decisões no *Diário Oficial* (art. 128, § 19).

Atribui-se, portanto, à escassez de informações a dificuldade na divulgação das decisões dos tribunais e muitas vezes a divergência entre julgados sobre a mesma tese e, às vezes, sobre os mesmos fatos. Acreditamos que o mundo informático melhorou essa difusão, e o acesso é expressivo nos mais longínquos rincões.

A Constituição de 1891 impunha à justiça federal e à estadual a consulta à jurisprudência dos tribunais, para a aplicação do direito respectivo (federal ou estadual) (art. 59, III, § 2º).

Como observou Castro Nunes, a inobservância da jurisprudência do Supremo Tribunal (que era a segunda instância federal) levava ao recurso extraordinário para corrigir esse desrespeito e tinha como objetivo a uniformização da jurisprudência, na aplicação do direito federal (*Teoria e Prática do Poder Judiciário*, 1943, p. 539).

12. No processo normativo, há a produção da norma e a sua aplicação. São duas atitudes diferentes, porque, ainda que seja importante a relação entre essas duas funções, a primeira surge da técnica legislativa, dentro do processo legislativo, que, além de longo capítulo constitucional, ainda depende de regras internas de elaboração

das normas (por exemplo, o manual de redação); a segunda etapa é a da aplicação da norma, pelo jurista, especialmente pelo juiz. Este estará diante do dilema ontológico: ser apenas receptor passivo ou, então, integrante da elaboração do direito? O art. 5º da Lei de Introdução não abandona o magistrado e o ampara, numa colaboração na aplicação do direito, porque ele se socorrerá dos fins sociais da lei e das exigências do bem comum.

Veremos, adiante, as várias etapas do processo decisório judicial e a importante função dos julgados anteriores – que têm várias denominações, como acórdão, precedente, jurisprudência, súmula e direito sumular.

Que é acórdão? É a concentração de um julgado. É a forma material da expressão da decisão judicial.

Que é o precedente? É uma decisão anterior persuasiva para decisões futuras. Não é compulsória; apenas norteará o futuro julgador a seguir aquela decisão. Serve de informação, de simplificação de trabalho. Não é obrigatório.

Que é a jurisprudência? Significa mais do que o precedente. Pode, até, ser formada com um precedente. Se o Supremo Tribunal em sessão plenária ou o Superior Tribunal de Justiça em sessão da Corte Especial decidem num julgamento, em um processo sobre determinada tese, ali estará a jurisprudência. É claro que o prestígio dessa jurisprudência será maior com a ratificação de outros julgados. Não sendo julgamento de órgão plenário, somente pode entender-se a jurisprudência com a consolidação de julgados reiterados.

Que é a súmula? Esta reflete a jurisprudência de um tribunal ou de uma seção especializada autorizada a emitir a consolidação.

Que é direito sumular? É o reflexo do direito emanado de súmulas de um tribunal.

Concluimos, então, que não importa o nome quando o tribunal fixa entendimento e diretriz. É a chamada força vinculante da decisão, pouco importa o nome – orientação

precedente, jurisprudência, súmula. Como afirma Calmon de Passos – seja o que for, obriga (*Revista do TRF da 1ª Região*, v. 9, n. 1, p. 163), porque repugnam decisões diversas, baseadas em interpretações diversas, sobre a mesma regra jurídica. Como observa a Ministra Ellen Gracie Northfleet, a maioria das questões trazidas ao foro, especialmente ao foro federal, são causas repetitivas, em que, embora diversas as partes e seus patronos, a lide jurídica é sempre a mesma (“Ainda sobre o efeito vinculante”, *Revista de Informação Legislativa*, n. 131, p. 133). Há conteúdo compulsório em tudo isso e, portanto, a obediência a essas decisões, por todos os níveis.

Dirão: mas há liberdade do juiz em decidir! Verdade. Mas o verbete de uma súmula somente será decisivo depois de muito debate – por isso foi sumulado. A liberdade judicial, apanágio do Estado Democrático, dirige-se às novas questões, a novas leis, aos temas em aberto. Aí, sim, o juiz, com sua livre decisão, prestará notável serviço à Justiça.

13. Quais os percalços da súmula?

A súmula pode ser perigosa, se elaborada com defeito. A lei também, e há leis inconstitucionais, e decretos ilegais. A súmula pode ser mal redigida? A lei também.

O que é sumulado? Somente teses controvertidas, e não de textos legais eventuais (por exemplo, tributação anual). A súmula pode não adotar a melhor tese, mas oferece norte e segurança, ao contrário da vacilação de julgados, ora numa corrente, ora noutra direção.

A súmula sofre o mesmo processo da legislação, isto é, alteração por nova interpretação e, principalmente, nova legislação, alterando aquele enunciado. Hoje notamos essa influência com o novo Código Civil (de 2002), que altera várias súmulas do STF (Súmula 165: compra pelo mandante, alterada pelo art. 497; Súmula 494: venda do ascendente ao descendente, art. 496; Súmula 377: comunhão de aquestos, art. 1.672, todos do CC-2002).

14. A importância da súmula está consagrada.

A Lei 8.038/90 (art. 38) permitiu ao Relator negar seguimento a recurso contrário à *súmula* do respectivo tribunal (CPC, art. 557). No art. 475, § 3º, do CPC (redação de Lei 10.352, de 26.12.2001), não há sujeição ao duplo grau de jurisdição, nas sentenças de interesse da União, Estado, Município, se a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do STF ou em *súmula* do STF ou do tribunal superior competente. No art. 518, § 1º, do CPC, o Juiz não receberá a apelação se a sentença estiver em conformidade com *súmula* do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. No art. 544, § 3º, do CPC, o relator (STJ) poderá converter o agravo em recurso especial e neste provê-lo se a decisão recorrida estiver em confronto com a *súmula* do STJ.

15. Questão muito debatida, e extrema de opiniões, é a da *súmula* vinculante. O que significa?

O processo de elaboração de uma *súmula* é exaustivo, depende da existência de pronunciamento único (mas expressivo) ou então da reiteração. O debate sempre foi longo, até a edição. Para a vinculação dessa *súmula* a julgados futuros, há necessidade de processo especial, de maior debate, porque aquele verbete será aplicado automaticamente. Então, a chamada *súmula vinculante* não pode ser, e acredito não será, fruto de uma decisão aligeirada, rápida, e muito menos será a vinculação de qualquer decisão de um tribunal. Não basta o Supremo Tribunal reunir-se, decidir, que automaticamente todas essas decisões serão vinculantes. Se as *súmulas* atuais decorrem de um lento e burocrático procedimento, imagina-se mais ainda para a *súmula* vinculante.

Ao lado dessa expressão, outra aparece – a *súmula impeditiva de recursos*, isto é, a impossibilidade de interposição de recurso se a decisão recorrida estiver apoiada em *súmula* do Supremo Tribunal. Esta hipótese minora a recorribilidade contra orientação

assentada do STF; no entanto, permite ao juiz discordar da *súmula* do STF. O juiz pode não aplicá-la, ao pretexto de não se adequar à hipótese, de ser outra a matéria; no entanto, parece total inversão hierárquica a não vinculação.

O efeito vinculante já foi consagrado na Emenda Constitucional n. 3/1993, ao estabelecê-lo, quanto às decisões definitivas de mérito, nas ações declaratórias de constitucionalidade (nova redação do art. 102 da CF, acrescentando o § 2º).

Destaque-se, ainda, o disposto na Emenda Constitucional nº 45/04, no § 2º do art. 102: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas, estadual e municipal”.

16. Vê-se, portanto, que o texto constitucional foi além da *Súmula*, ao prever a *súmula* vinculante. Ela era meramente persuasiva, e não vinculativa. Era mera orientação de trabalho.

O tema já estava no controle de constitucionalidade no entendimento da eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante em relação a todos os magistrados, tribunais e administração pública. A *súmula* vinculante tem efeitos além desses, e, sim, *lato sensu*, a todos. Na verdade, os fundamentos do texto são os vinculantes, não somente o enunciado.

A *súmula* vinculante torna mais ágil a justiça, sobre o mesmo tema, com impedimento da multiplicação de demandas, ou encerramento das múltiplas demandas, no percurso dos vários graus de justiça.

Não é possível a desigualdade no tratamento de casos iguais, que devem ter soluções idênticas. A proliferação leva a situação díspares. Um defere outro indefere. Uma câmara concede, a outra não, sobre o mesmo fundo de direito, partes em

idênticas condições. A certeza do direito leva ao pleito de solução certa, com segurança jurídica.

Hoje prega-se muito sobre a demora das soluções judiciais. Portanto, há um direito constitucional à razoável duração do processo. Se há solução única e uniforme, a tendência é a pronta solução.

Há respeitáveis críticas, contrárias à adoção da súmula vinculante.

Invoca-se o princípio da separação dos poderes, com a possível invasão da função legislativo pelo Judiciário. A súmula busca no sistema jurídico e legal seu assento. Não nasce do nada. Portanto, a edição da súmula prestigia o legislador.

A independência do julgador não é afetada porque pode não aplicar a Súmula, se o texto for inaplicável à espécie. O Juiz está adstrito à lei, e sua liberdade tem esses parâmetros.

A jurisprudência não sofrerá com a súmula, porque sua evolução ocorrerá com os cancelamentos, alterações e até adequação de entendimento (Súmula 346 – nulidades dos atos administrativos, entendida pela Súmula 473).

Não impedimento do direito de ação, porque já há uma orientação. Qualquer autor será temerário na propositura de uma ação se a jurisprudência estiver consolidada contra sua tese. A Lei 1.1417, de 19/12/2006, estabelece regras sobre a edição da súmula vinculante. O Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, pode editar enunciada de súmula, que terá efeito vinculante.

A súmula vinculante sozinha não resolverá completamente a demora dos processos. Entretanto, é grande auxiliar na busca desse desejo, de juízes, advogados e jurisdicionados.

Alguns apontamentos sobre a ação rescisória no projeto do novo Código de Processo Civil

Rodrigo Barinoni

Sumário

1. Introdução. 2. Localização do tema. 3. Decisões rescindíveis. 4. Fundamentos rescisórios. 4.1. Incompetência absoluta. 4.2. Colusão das partes a fim de fraudar a lei. 4.3. Violação de literal disposição de lei. 4.4. Obtenção de prova nova. 4.5. Invalidação do reconhecimento jurídico do pedido, da renúncia ao direito ou da transação. 4.6. Erro de fato. 5. Aspectos procedimentais. 5.1. Valor da causa. 5.2. Depósito prévio. 5.3. Prazo. 5.4. Recursos. 6. Conclusões.

1. Introdução

A ação rescisória representa o meio próprio de deconstituir a sentença revestida da autoridade da coisa julgada material. Com características próprias e natureza processual de verdadeira ação, a rescisória revela-se importante veículo do vigente sistema processual para expurgar da decisão judicial definitiva vícios graves que mantêm suas principais feições no projeto do novo Código de Processo Civil, quer do ponto de vista dos fundamentos rescisórios, quer em relação ao seu procedimento.

O presente ensaio tem por finalidade descrever as alterações sugeridas pelo texto do substitutivo aprovado pelo Senado Federal, especificamente quanto à ação rescisória, e apresentar algumas sugestões com vistas a aperfeiçoar o instituto e propiciar um debate mais amplo a seu respeito.

Rodrigo Barinoni é Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP, onde é professor dos cursos de graduação e pós-graduação *lato sensu*. Advogado.

2. Localização do tema

A primeira alteração que se nota no âmbito da ação rescisória diz respeito à sua localização no Código de Processo Civil. Enquanto no vigente ordenamento processual a ação rescisória está situada no Livro I (Do processo de conhecimento), Título IX (Do processo nos tribunais), Capítulo IV (Da ação rescisória) (arts. 485 a 495), no substitutivo aprovado pelo Senado Federal o tema passa a ser regulado no Livro IV (Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais), Título I (Dos processos nos tribunais), Capítulo VI (Da ação rescisória e da ação anulatória), Seção I (Da ação rescisória) (arts. 919 a 928).

No vigente CPC, a ação anulatória está inserida no mesmo Capítulo referente à ação rescisória (Capítulo IV), enquanto no CPC projetado a ação anulatória é disposta em seção própria (Seção II do Capítulo VI). Essa modificação é digna de aplausos, uma vez que a ação anulatória em nada se identifica com a ação rescisória, seja do ponto de vista das hipóteses que autorizam o ajuizamento, seja em relação ao procedimento. Assim, andou bem o projeto ao discriminar as duas espécies de ação, conseguindo, inclusive, dirimir as divergências doutrinária e jurisprudencial sobre a interpretação dos arts. 485, VIII, e 352 do vigente CPC, conforme mais adiante será abordado.

3. Decisões rescindíveis

O vigente CPC dispõe, no *caput* do art. 485: “A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando”. Conquanto o texto legal utilize a palavra “sentença”, a doutrina e a jurisprudência sempre empreenderam interpretação ampliada, de modo a considerar igualmente rescindíveis os acórdãos (CARVALHO, 2010, p. 28).

Apesar do posicionamento tranquilo da jurisprudência, o projeto do novo CPC pretendeu conferir ao dispositivo maior rigor científico ao propor o seguinte texto:

“A sentença ou o acórdão de mérito, transitados em julgado, podem ser rescindidos quando”. Porém, o êxito é parcial. O simples acréscimo dos acórdãos como objeto da ação rescisória, apesar de permitir a clara compreensão do alcance da ação rescisória aos julgamentos colegiados dos tribunais [art. 171 do projeto], é incapaz de abarcar todas as decisões sujeitas a rescindibilidade.

Com efeito, há decisões que tecnicamente não recebem a denominação de acórdão e nem mesmo podem ser classificadas como sentença. Trata-se dos julgamentos monocráticos no âmbito dos tribunais, proferidos pelos relatores, que apreciam o mérito da causa no julgamento de determinado recurso¹.

Também não ficam expressamente alcançados pelo dispositivo, na redação proposta, os julgamentos parciais de mérito. Tais decisões representam verdadeiras sentenças de mérito (porquanto há acolhimento ou rejeição do pedido), mas são impugnáveis por meio de agravo de instrumento, por opção de política legislativa (art. 969, II, do substitutivo aprovado pelo Senado Federal).

A redação mais apropriada para o dispositivo é utilizar-se do gênero “decisão” em vez de acrescentar as espécies de pronunciamentos rescindíveis ao *caput* do projetado art. 919. Assim, é mais adequado tecnicamente substituir o termo “sentença”, do vigente art. 485 do CPC, por “decisão”. Com isso, qualquer ato decisório que re-

¹ Ao relacionar as hipóteses nas quais o relator está autorizado a julgar unipessoalmente o recurso, o art. 557 do CPC trata de algumas situações de admissibilidade e outras de mérito, caso em que pode haver decisão sobre o mérito da causa. Confirma-se a redação do *caput* do dispositivo e de seu §1º-A: “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”.

presente julgamento de mérito fica sujeito a ação rescisória.

Ainda no que concerne ao *caput* do art. 919 do projeto, merece registro o vocábulo “mérito”, que qualifica a espécie de decisão passível de rescindibilidade. Há algum tempo a jurisprudência tem flexibilizado a rigidez do texto do art. 485 do CPC para permitir a desconstituição de decisões que, embora não sejam de mérito, impedem que a ação volte a ser proposta ou que a matéria venha a receber a devida análise por outro órgão jurisdicional². O tema, porém, não é pacífico³.

Nesse ponto, a redação do art. 919 não colabora para fixar a tese a ser observada. Com isso, parece ser mais razoável introduzir-se um parágrafo para eliminar a divergência hoje existente sobre o tema. E essa seria uma boa oportunidade para o legislador, mormente em vista da modificação do vigente art. 268 do CPC, que passou a vedar a propositura de idêntica ação se houver a extinção do processo por falta de ilegitimidade⁴.

4. Fundamentos rescisórios

Os fundamentos rescisórios no vigente CPC estão distribuídos em nove incisos do art. 485 e contemplam situações consideradas graves o suficiente para afastar a segurança gerada pela coisa julgada mate-

² Na obra de Theotônio Negrão, José Roberto F. Gouvêa e Luis Guilherme Aidar Bondioli (BRASIL, 2011, P. 589), consta a referência a acórdãos do STJ admitindo a ação rescisória contra acórdão que indevidamente rotulou como intempestivo recurso tempestivo: RSTJ 14/25; REsp 112413, rel. Min. Menezes Direito, DJU de 9/10/2000; RF 376/275; RT 604/175; RJTJESP 33/187; RJTAMG 22/4. Em igual sentido, anota decisão do STJ que admitiu a ação rescisória contra acórdão que indevidamente considerou deserto recurso devidamente preparado: REsp 636251, rel. Min. Menezes Direito, DJU de 11/4/2005.

³ Sobre o assunto, vide BRASIL (2011, nota 3ª ao art. 485 do CPC).

⁴ Art. 473. A sentença sem resolução de mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação.

⁵ No caso de ilegitimidade ou falta de interesse processual, a propositura da nova ação depende da correção do vício.

rial. O substitutivo aprovado pelo Senado Federal preserva a maioria dessas hipóteses sem qualquer alteração. Porém, introduz mudança nos fundamentos rescisórios contemplados nos incisos II, V, VII, VIII e IX do vigente CPC.

4.1. Incompetência absoluta

O projeto do novo CPC pretende alterar parcialmente o regime da incompetência absoluta. Embora tenha permitido o reconhecimento officioso da incompetência absoluta, deixa de haver a nulidade dos atos decisórios praticados pelo órgão incompetente (art. 113, §2º, do vigente CPC). Em sentido diametralmente oposto, o art. 64 do substitutivo aprovado pelo Senado Federal dispõe: “§3º Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos das decisões proferidas pelo juízo incompetente, até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente”.

Pretende-se, portanto, aproveitar os atos decisórios praticados pelo juízo incompetente, de modo a imprimir maior celeridade ao processo, mas sempre com o controle pelo órgão competente, por meio da aplicação da denominada *translatio iudicii* – tema que recebeu significativa atenção dos autores italianos e que mais recentemente tem sido objeto de estudos no direito brasileiro⁵.

Alinhada a essa nova perspectiva de tratamento da incompetência absoluta, tal defeito foi excluído do rol dos motivos rescisórios. Da perspectiva da ação rescisória, a incompetência absoluta efetivamente não deve constituir vício genericamente autorizador da desconstituição de julgado revestido da autoridade da coisa julgada, como de resto não o é em outros importantes ordenamentos jurídicos⁶. Bem por isso, em outra sede, sustentamos:

⁵ A esse respeito, confira-se tese recente e ainda editorialmente inédita de Priscila Kei Sato (2010).

⁶ Como, por exemplo, nos ordenamentos alemão (ZPO, §§579 e 580), espanhol (LEC, art. 510) e português (CPC, art. 771º). No CPC italiano, a hipótese

“Sem desprezar a relevância da divisão de trabalho entre os órgãos do Poder Judiciário, o excesso de formalismo a respeito do tema tem conduzido a resultados pouco desejáveis. Não constitui exceção encontrar processos cuja competência é longamente discutida – por vezes durante anos –, e, ao final da discussão, o tema vem a ser novamente aventado, por meio da ação rescisória, o que pouco – ou nada – contribui para a adequada prestação da tutela jurisdicional. O debate sobre a competência não diz respeito ao conteúdo da sentença – correta ou incorreta –, mas cinge-se ao aspecto meramente formal de a decisão haver sido proferida por órgão absolutamente incompetente. Apesar da forte tradição histórica em que está inserido o preceito, seria conveniente, *de lege ferenda*, restringir essa hipótese de cabimento da ação rescisória para os casos de competência originária dos tribunais, em grande parte constitucionalmente atribuída, o que certamente traria maiores benefícios ao sistema” (Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores, p. 82/83).

Ratificamos aqui esse entendimento: em regra, não se deve autorizar a rescisão do julgado pela falta de competência absoluta do órgão que prolatou a decisão. Porém, quando se tratar de decisão que afronte competência originária, a situação deve receber tratamento diferenciado. No caso de uma decisão de Tribunal local que venha a desconstituir acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, por exemplo, duas soluções são, em tese, possíveis: ou se admite a rescindibilidade do ato decisório do Tribunal local, por faltar-lhe competência para proferir tal julgamento, ou se considera que a decisão é juridicamente inexistente.

autoriza o *recurso per cassazione* (art. 360, 2), mas não a *revocazione* (art. 395).

O fato é que não pode prevalecer uma decisão proferida por órgão jurisdicional que não detinha competência para proferir o julgamento da causa. De uma forma ou de outra, melhor seria estabelecer qual é o mecanismo próprio para a finalidade de afastar o julgamento proferido em violação às normas de competência originária dos tribunais.

4.2. *Colusão das partes a fim de fraudar a lei*

A segunda parte do art. 485, III, do CPC relaciona como vício passível de ação rescisória a “colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei”. O dispositivo está alinhado à norma do art. 129 do vigente CPC, que permite ao juiz proferir sentença que obste o escopo ilícito do processo⁷. Essa correlação entre os dispositivos faz com que haja divergência quanto ao alcance do citado art. 485, III, segunda parte, do CPC às hipóteses de simulação.

Enquanto a fraude à lei é caracterizada pretensão de burlar a norma, seja para conseguir objetivo proibido pela legislação, seja para obter uma situação que neutralize a aplicação da lei (TALAMINI, 2005, P. 151), a simulação consiste em representar um falso conflito para atingir um objetivo ilegal, para o qual o processo constitui instrumento necessário. Na simulação, as partes almejam a forma, mas não os efeitos do negócio (YARSHEL, 1998, p. 229).

Parte da doutrina propõe que a colusão fique confinada aos casos em as partes visam a fraudar a lei, fundamentalmente por duas razões: *a*) a redação do texto legal, que apenas menciona a hipótese de fraude à lei; *b*) a interpretação restritiva dos motivos rescisórios, ante sua excepcionalidade no sistema⁸. Em sentido contrário, Sérgio Rizzi

⁷ “Art. 129. Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes.”

⁸ Nesse sentido: Coqueijo Costa, (1981, p. 48); José Carlos Barbosa Moreira, (2010, p. 126-127).

(1979, p. 96) afirma com propriedade: “Se a lei é fraudada, através do processo, e as partes entraram em conluio com este objetivo, não há que se distinguir se o fizeram simuladamente ou não”. Assim, tanto o caso de fraude à lei quanto a hipótese de simulação permitiriam a rescindibilidade da sentença⁹.

Verifica-se que não há divergência quanto ao fato de a simulação dever constituir motivo rescisório. O ponto controvertido diz com o alcance da norma do art. 485, III, segunda parte, do CPC, diante da sua atual redação.

No projeto do novo CPC, o conluio entre as partes deve ser impedido pelo magistrado no curso do processo, quer para obstar a simulação, quer para coibir a fraude à lei (art. 122)¹⁰. Porém, no âmbito da ação rescisória, manteve-se o texto idêntico ao vigente, sem a exata simetria com o art. 122 do projeto. Assim, é conveniente e oportuno que, na Câmara dos Deputados, o texto do art. 919, III, seja modificado para contemplar como hipótese de rescisão a sentença proferida em processo simulado. Nesse sentido, sugerimos a seguinte redação: “III - resultarem de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei ou de praticar ato simulado”.

4.3. Violação de literal disposição de lei

A hipótese de rescindibilidade mais comum é, sem dúvida, a prevista no vigente inciso V do art. 485 do CPC: quando a sentença “violou a literal disposição de lei”.

⁹ Nesse sentido: Alexandre Freitas Câmara, (2007, p. 70); Eduardo Talamini, (2005, p. 151); Rodrigo Barioni, *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*, RT, 2010, p. 92; Teresa Arruda Alvim Wambier, (2006, p. 376).

¹⁰ “Art. 122. Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé”.

Na proposta do Anteprojeto do novo CPC, o fundamento rescisório permitiria a desconstituição dos julgados que “violarem manifestamente a norma jurídica”. O texto foi mantido no substitutivo aprovado pelo Senado Federal.

De início, percebe-se que a adjetivação do vício passível de invocação na ação rescisória, pelo uso do termo “manifestamente”, representa apenas a positivação da jurisprudência sobre o tema. Com efeito, na análise de decisões acerca do tema, nota-se forte tendência em qualificar, por forte adjetivação, a interpretação que abriria ensejo à ação rescisória (ZAVASCKI, 2001, p. 128). Assim, apenas a transgressão “aberrante”¹¹, “direta”¹², “estridente”¹³, “absurda”¹⁴, “flagrante”¹⁵, “extravagante”¹⁶ autorizaria a desconstituição do julgado pela via da ação rescisória fundada no inciso V do art. 485 do CPC. A menção à violação manifesta da norma jurídica, portanto, apenas traz para ordenamento processual positivo o que a jurisprudência considerava como requisito para desconstituir a sentença de mérito com base no art. 485, V, do CPC.

O vigente texto legal exige que haja violação à *literalidade* da lei. Por isso, tem-se exigido, para fins de ação rescisória, que a transgressão seja ao *ius scriptum*, de maneira a afastar do âmbito da ação rescisória a ofensa às normas não escritas (BARINONI, 2010, p. 104). Nesse ponto, o projeto avança em relação ao texto vigente, ao prever que a ofensa à “norma jurídica” representa vício passível de rescindibilidade. A expressão *norma jurídica* é gênero do

¹¹ STJ, AR 3155/RS, rel. Min. Luiz Fux, 1ª Seção, DJ de 12/11/2007.

¹² STJ, AR 1910/DF, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 3ª Seção, DJ de 4/9/2006.

¹³ STJ, AR 394/BA, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 1ª Seção, DJ de 5/8/1996.

¹⁴ STJ, AR 2931/SP, rel. Min. Castro Filho, 2ª Seção, DJ de 1/2/2006, in *RePro* 136/205.

¹⁵ STJ, REsp 489073/SC, rel. Min. Humberto Martins, 2ª T., DJ de 20/3/2007.

¹⁶ STJ, AR 601/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 3ª Seção, DJ de 26/2/2007.

qual o direito escrito é espécie. Deixa-se de lado o requisito da literalidade, de maneira a reconhecer que a preservação do direito faz-se não apenas com a tutela de normas escritas, mas igualmente com a proteção das normas não escritas. Prevaleceu o alvitre de Barbosa Moreira (2010, p. 131): “O ordenamento jurídico evidentemente não se exaure naquilo que a *letra* da lei revela à primeira vista. Nem é menos grave o erro do julgador na solução da *quaestio iuris* quando afronte norma que integra o ordenamento sem constar *literalmente* de texto algum”.

Sem dúvida, essa modificação do fundamento rescisório é positiva para o sistema. De um lado, porque afasta a superada ideia de que apenas a violação à interpretação literal da norma permitiria a desconstituição do julgado. Por outro, por incluir no âmbito da ação rescisória as normas não escritas que também mereçam proteção, como os princípios gerais de direito, desde que a ofensa seja manifesta.

4.4. Obtenção de prova nova

O vigente inciso VII do art. 485 do CPC permite o ajuizamento da ação rescisória quando, “depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável”. O anteprojeto do novo CPC optou por manter o modelo ora vigente, acrescentando, apenas, que a descoberta do documento deve ocorrer após o trânsito em julgado (art. 884, VII). No substitutivo aprovado pelo Senado Federal, porém, alterou-se o termo “documento” por “prova” (art. 919, VII), de maneira a ampliar significativamente o âmbito da ação rescisória com suporte nesse inciso. Nesse ponto, discordamos da solução proposta pelo substitutivo.

O cabimento de ação rescisória com base em documento novo não é exclusividade do direito brasileiro. Antes, encontram-se nos ordenamentos estrangeiros disposições

semelhantes para a desconstituição da coisa julgada material¹⁷. Os ordenamentos em geral restringem essa possibilidade às provas documentais, diante de sua maior confiabilidade para registrar acontecimentos pretéritos. De acordo com Erich Döhring (1972, p. 280-281), o documento escrito tem por característica registrar um dado fato histórico de maneira permanente, revelando sua vantagem sobre a prova testemunhal por “*no poder mermar o deteriorarse posteriormente por palidecer records, trocarse objetos u ocurrir cualesquiera otros eventos que empecen a la verdad. Tampoco pueden alterarla posteriores modificaciones del estado de intereses o de la postura general del autor*”. E conclui: “*Los documentos reflejan con exactitud insobornable el parecer que tenía o afirmaba tener en su momento el que los escribió*”.

É bem verdade que há certa tendência jurisprudencial no sentido de se admitirem, para fins de ação rescisória, provas que não consistam tecnicamente em documento. Exemplo típico é o exame hematológico para investigação de paternidade (DNA)¹⁸. Embora possa haver questionamentos quanto aos métodos e ao resultado, o exame de DNA consiste em poderosíssimo elemento de convicção, apto a modificar a posição firmada na decisão rescindenda. No direito alemão, tem sido admitido o exame de DNA como documento novo para fins de rescindibilidade da sentença, muito embora o uso de documentos decorrentes de progressos científicos em outras situações seja bastante controvertido (JAUERNIG, 2002, p. 396).

O ponto é que o texto do substitutivo abre demasiadamente o campo para o

¹⁷ Há previsões na ZPO alemã (§580, 7, b), no CPC português (art. 771^o, c, CPC), no CPC italiano (art. 395, 3), no CPC francês (art. 595, 2), na LEC espanhola (art. 510, 1).

¹⁸ Entre outros: STJ, REsp 300084/GO, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 2^a Seção, DJ de 6/9/2004, in RT 831/224; STJ, REsp 189306/MG, rel. Min. Barros Monteiro, 4^a T., DJ de 14/10/2002, in RePro 114/257; STJ, REsp 226436/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4^a T., DJ de 4/2/2002, in RSTJ 154/403.

ajuizamento da ação rescisória, de maneira a permitir a desconstituição da coisa julgada com base em provas testemunhais ou laudos periciais de discutível acerto, o que poderia propiciar nova oportunidade para a produção de provas ao autor da ação rescisória.

Sem dúvida, é melhor que o texto do dispositivo se limite à prova documental e, eventualmente, aponte que a prova científica consistente no exame de DNA equipara-se à prova documental para fins de rescindibilidade.

4.5. Invalidação do reconhecimento jurídico do pedido, da renúncia ao direito ou da transação

Em relação ao inciso VIII do vigente CPC, prevê a rescindibilidade da decisão quando “houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença”. O dispositivo revela-se tecnicamente impreciso¹⁹, uma vez que diz “confissão” e “desistência” quando pretende se referir a “reconhecimento jurídico do pedido” e “renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação”.

Problema maior é gerado pelo emprego do termo “transação”, especialmente para procurar distinguir essa situação daquela prevista no art. 486 do vigente CPC: “Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil”. Parte da doutrina, acompanhada pela jurisprudência majoritária, considera a ação anulatória o meio próprio para impugnar a transação viciada, ainda que homologada judicialmente; para outra corrente, o ataque ao ato de transação defeituoso deve ser feito pela via da ação rescisória.

O projeto do novo CPC resolve o problema, ao excluir essa situação do âmbito da ação rescisória e prever, na seção destinada à ação anulatória, o seguinte: “Art. 929. 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”.

Com isso, a impugnação dirigida a atacar qualquer ato de disposição praticado pelas partes, mesmo após o trânsito em julgado da sentença – incluindo-se, portanto, todas as situações hoje abarcadas pelo inciso VIII do art. 485 do CPC –, deve ser realizada exclusivamente por meio da ação anulatória e não por ação rescisória.

4.6. Erro de fato

Segundo o vigente inciso IX do art. 485 do CPC, é rescindível a sentença de mérito “fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa”. Em seguida, dois parágrafos esclarecem o alcance do inciso: “§1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido. §2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato”.

De há muito a doutrina aponta que a pouca clara redação do dispositivo decorreu de erros na tradução do art. 395, 4, do CPC italiano²⁰, que acaba por prejudicar a própria interpretação do dispositivo. Como bem apontado por Barbosa Moreira, a palavra “risultante” não tem o significado comum de “resultante”, como “decorrente, oriundo, proveniente”, mas sim de “emergente”²¹. O erro de tradução também diz respeito ao termo “atti”, que

²⁰ “Art. 395 Le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado possono essere impugnate per revocazione: (...) 4) se la sentenza è l’effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa. Vi è questo errore quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l’inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell’uno quanto nell’altro caso se il fatto non costituì un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare”.

²¹ Op. cit., p. 147.

¹⁹ Por todos, Barbosa Moreira (2010, p. 141).

incorretamente consta no texto brasileiro como “atos”, quando no texto italiano é compreendido como “autos”, que transcede o significado de “atos”²².

Com o propósito de adequar o texto legal, o projeto do novo CPC modifica a hipótese do inciso IX do art. 485 do CPC, que passará a permitir a rescisão quando a decisão estiver “fundada em erro de fato verificável do exame dos autos”. A redação é muito mais técnica e clara.

No que toca à definição do “erro de fato”, passou-se a regular o tema em apenas um parágrafo. Trata-se de equívoco estrutural do projeto, porque na técnica legislativa a norma que se vincula ao inciso é a alínea e não o parágrafo (que se vincula ao artigo). Assim, será melhor que se proceda à correção formal desse ponto.

Passando à definição do erro de fato em si mesma, assim dispõe o parágrafo único do art. 919 do projeto: “Há erro quando a decisão rescindenda admitir um fato inexistente ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato”.

Em relação à primeira parte do dispositivo, nada a acrescentar; mas na exigência formulada na parte final – a de que não tenha havido pronunciamento judicial sobre o fato –, embora tenha sido mantida a redação, persiste o defeito redacional do vigente ordenamento, também fruto de equivocada tradução do dispositivo italiano. Segundo o texto peninsular, o fato não pode constituir “*un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare*”, isto é, “um ponto controvertido sobre o qual a sentença deve pronunciar-se” (SANCHEZ, 1986, p. 61).

Significa dizer: se o erro ocorreu na análise de um fato essencial, controvertido entre as partes e que se constituía em tema a ser resolvido pela sentença, não é permitida sua revisão em sede de ação rescisória. A necessidade de pôr fim ao debate sobre o fato sobrepõe-se ao eventual equívoco de sua análise (DE STEFANO, 1957, p. 181).

De outra parte, se houver na sentença menção a determinado fato relativo à decisão judicial e, apesar disso, esse fato não representa controvérsia entre as partes e, portanto, questão que deveria ser dirimida pelo juiz, é possível a rescindibilidade da sentença²³.

Para acompanhar a jurisprudência mais recente e o alvitre da doutrina hoje predominante sobre o tema, melhor seria que o parágrafo único tivesse redação similar à parte final do art. 737-A, IV, do CPC mexicano: “(...) Dicho error existe cuando el fallo se funda en la admisión de un hecho cuya exactitud debe excluirse por modo incontrastable o cuando se supone la inexistencia de un hecho cuya verdad queda establecida positivamente, y, en ambos casos, si el hecho no representaba un punto controvertido sobre el cual la sentencia debía expedirse”.

Em vernáculo, significa dizer que o fundamento rescisório seria invocável quando “o fato não representasse um ponto controvertido sobre o qual a sentença deveria pronunciar-se”. Isso seria suficiente para afastar do cabimento de ação rescisória hipóteses em que se pretende rediscutir fatos decididos pela decisão rescindenda. Do mesmo modo, permitiria a rescisão de julgados se o fato, embora não controvertido na causa, tenha sido afirmado no julgamento de maneira descuidada, sem conotação de solução sobre ele.

²² Cf. Sérgio Rizzi (1979, p. 115). Assim, também, Ada Pellegrini Grinover (1975, p. 170); José Carlos Barbosa Moreira (2010, p. 147). Sobre o tema, vale consultar o trabalho de Sydney Sanches (1986, p. 51-54), em que narra, com grandes detalhes, a discussão doutrinária sobre a tradução do dispositivo.

²³ Para estudo mais detalhado, vide BARINONI (2010, p. 141-). De todo modo, a discussão deve ser significativamente reduzida, na medida em que o projeto do novo CPC exige de maneira mais clara e incisiva a prévia oitiva das partes a respeito dos elementos de composição da lide (arts. 9º e 10).

5. Aspectos procedimentais

A ação rescisória apresenta aspectos procedimentais próprios, não significativamente alterados pelo substitutivo aprovado pelo Senado Federal. Porém, algumas mudanças podem ser identificadas e outras seriam convenientes, para o fim de dirimir controvérsias hoje existentes na jurisprudência e na doutrina ou simplesmente para aperfeiçoar tecnicamente o instituto.

5.1. Valor da causa

O art. 259 do CPC disciplina o valor a ser atribuído à causa em sete incisos. Entre esses, não consta a forma de fixar o valor à causa na ação rescisória – que apresenta peculiar relevância em vista não apenas do valor das custas iniciais, mas principalmente pela exigência do depósito prévio do valor correspondente a 5%, conforme determina o art. 488, II, do CPC. E assim continua no art. 267 do projeto do novo CPC.

A omissão legal tem gerado discussões nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial. De um lado, sustenta-se que o valor da ação rescisória deve ser, em regra, o valor atualizado da causa cuja decisão pretende-se desconstituir²⁴; de outro, argumenta-se que o valor da causa deve corresponder ao benefício econômico pretendido pelo autor com a rescisão do julgado²⁵ (MOREIRA, 2010, p. 180; RECURSOS..., 1991, p. 277; OLIVEIRA, 2008, p. 92-93).

A verdade é que ambos os critérios não se revelam perfeitos: o primeiro, por vincular a lide rescisória ao feito que gerou a decisão rescindenda; o segundo, porque na ação rescisória objetiva-se justamente afastar vícios graves da decisão e, por isso mesmo, não se revela adequado utilizar a

²⁴ Cf. RTJ 144/157, 131/59, 123/397, 105/482, 103/202, 87/378; RJTJESP 102/376. Na doutrina: Pontes de Miranda (2000, p. 290); Sérgio Bermudes (2002, p. 209); José Janguie Bezerra Diniz (1998, p. 144).

²⁵ Na jurisprudência: TJ-SP, Imp. ao valor da causa na AR n. 088.351-4/1-01, rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 25/5/1999.

decisão supostamente viciada como base para o cálculo do valor da causa.

Nada obstante, embora passível de críticas, o primeiro critério apresenta algumas vantagens comparado ao segundo. De início, prestigia o acesso à justiça²⁶. Em segundo lugar, na causa-matriz já se oportunizou às partes o controle sobre a adequação do valor atribuído, que a rigor representava o benefício econômico pretendido naquele processo. Ora, se a ação rescisória é um juízo de desconstituição e rejugamento da sentença proferida na causa anterior, parece razoável considerar que o valor atribuído à causa-matriz mostra-se condizente com a finalidade da ação rescisória.

Assim, seria de bom alvitre a introdução de um inciso ao art. 267 do substitutivo aprovado pelo Senado Federal, para constar que o valor da causa na ação rescisória deve corresponder ao valor da causa primitiva, devidamente atualizado.

5.2. Depósito prévio

Para o ajuizamento da ação rescisória, exige-se o depósito prévio da quantia correspondente a 5% do valor da causa, conforme estatui o vigente art. 488, II, do CPC. Essa exigência tem por finalidade punir o autor da ação rescisória, caso venha a ser declarada a inadmissibilidade ou a improcedência por unanimidade de votos. Nesse caso, o valor previamente depositado será revertido em favor do réu, a título de multa; se o pedido rescindente for procedente ou mesmo na hipótese de improcedência por maioria de votos, o autor poderá reaver o montante depositado.

Por força do parágrafo único do mesmo dispositivo, estão hoje dispensados de realizar o depósito prévio a União, os Estados, os Municípios e o Ministério Público. A isenção alcança o Distrito Federal

²⁶ Cf. ressaltado pelo Min. Oscar Corrêa em RTJ 123/397.

e, segundo a jurisprudência majoritária, também as autarquias federais, estaduais e municipais.

O texto proposto no substitutivo aprovado pelo Senado Federal, mais especificamente no art. 921, mantém o sistema do art. 488 do vigente CPC, com a vantagem de esclarecer, no parágrafo único, que não se aplica a exigência do depósito “à União, ao Estado, ao Distrito Federal, ao Município, respectivas autarquias e fundações de direito público, ao Ministério Público, e aos que tenham obtido o benefício da gratuidade de justiça”. Nesse ponto, o projeto de lei incorpora a orientação já predominante na jurisprudência.

Aqui, cumpriria esclarecer apenas se esses entes dispensados do depósito prévio também o estão de realizar o pagamento da multa, caso a ação rescisória venha a ser julgada inadmissível ou improcedente por unanimidade. A dispensa inicial afigura-se correta, tendo em vista a presunção de solvabilidade dos entes públicos e o acesso à justiça no caso dos reconhecidamente pobres. Isso não afasta, porém, o dever de realizar o pagamento da multa, caso seja concretizada a situação que autoriza sua cobrança pelo réu.

O ponto mais importante, porém, é a falta de limite quantitativo ao depósito prévio. A ausência de teto para o recolhimento desse valor pode dificultar o acesso à justiça, quando o montante a ser recolhido for extremamente elevado. O Supremo Tribunal Federal, em decisões referentes à cobrança de taxas e custas judiciais, já teve oportunidade de declarar que o valor cobrado “deve ser proporcional ao custo da atividade do Estado a que está vinculada, devendo ter um limite, sob pena de inviabilizar o acesso de muitos à Justiça”²⁷.

²⁷ ADI 1772 MC/MG, rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ de 8/9/2000. Referida decisão cita outros precedentes do STF: Rep. 1.077-RJ, rel. Min. Moreira Alves, RTJ 112/34; ADIn 1.378-ES, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 30/5/97; ADIn 948/GO, rel. Min. Francisco Rezek, DJ 17/3/2000.

Por isso, ratificamos a posição já sustentada em outro texto: “O problema deveria receber, *de lege ferenda*, diferente tratamento, com a fixação de valores mínimo e máximo para o depósito. Exemplos de limitação são habitualmente encontrados na legislação de custas judiciais, para o fim de evitar o cerceamento de acesso à justiça. O mesmo norte que impulsionou alguns legisladores estaduais a restringir o pagamento das taxas judiciais, para não se tornarem proibitivas, deve servir de guia para demarcar o montante máximo de recolhimento do depósito prévio” (BARINONI, 2006, p. 535).

5.3. Prazo

No modelo vigente, a ação rescisória deve ser ajuizada no prazo de dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão rescindenda (art. 495), reduzindo de maneira significativa o prazo de cinco anos anteriormente fixado pelo CC/16 (art. 178, §10, VIII). O projeto do novo CPC pretende reduzir ainda mais esse prazo, excepcionando, porém, os vícios rescisórios que podem ser apurados em processos criminais: “Art. 928. O direito de propor ação rescisória se extingue em um ano contado do trânsito em julgado da decisão. Parágrafo único. Se fundada no art. 919, incisos I e VI, primeira parte, o termo inicial do prazo será computado do trânsito em julgado da sentença penal”.

O legislador mantém o erro técnico da redação do vigente CPC, de que *o direito de propor ação rescisória se extingue com o transcurso do prazo*. Como alerta Barbosa Moreira (2010, p. 220-221)

“a rigor, o que se extingue não é, aliás, ‘o direito de propor ação rescisória’: esse se extinguirá sempre, como simples manifestação particular do direito de ação. Extingue-se, sim, o direito mesmo à rescisão da sentença viciada. O fenômeno passa-se no plano *material*, não no plano *processual*, como de resto deixa entrever o

próprio Código, quando estatui que a pronúncia da decadência implica 'resolução de mérito' (art. 269, nº IV, na redação da Lei nº 11.232). Escoado *in albis* o biênio, não é a ação rescisória que se torna inadmissível: é o direito à rescisão da sentença, como direito a ser deduzido em juízo, que cessa de existir".

A partir dessas lições, percebe-se que a redação do art. 928 do projeto deveria ser: "Extingue-se em um ano o direito à rescisão previsto no art. 919".

Quanto à redução do prazo para um ano, trata-se de opção político-legislativa. No projeto do CPC/73 também se pretendeu estabelecer o prazo anual para o direito de rescindir a sentença. Porém, prevaleceu no Congresso Nacional a tese do prazo bienal.

A questão do prazo para rescisão apresentou, nos últimos anos, algumas tentativas de sua extensão. A Medida Provisória n. 1.577, de 11/6/1997, previa regra específica para a ação rescisória a ser ajuizada pelas pessoas jurídicas de direito público, a qual ampliava o prazo para quatro anos. Posteriormente, a Medida Provisória n. 1.658, de 5/5/1998, alterou o art. 188 do CPC, para conferir às pessoas jurídicas de direito público a contagem do prazo "em dobro para recorrer e ajuizar ação rescisória".

No âmbito do processo legislativo, a discussão foi trazida ao debate quando a rescisória referir-se a precatório judicial. O Projeto de Lei n. 87/2007, de iniciativa do Senado Federal, pretendia elevar o prazo para oito anos, o que se considerou exagerado no relatório geral do Senador Valter Pereira.

Conquanto seja uma discussão de índole política - de conveniência e oportunidade -, o prazo de dois anos não se apresenta demasiadamente extenso. Todavia, o ideal seria fixar diferentes prazos para a rescisão da sentença, de acordo com a gravidade do vício da decisão. Assim, o prazo para a rescisão de sentença proferida por juiz

corrupto não deve ser o mesmo para a rescindibilidade da decisão em que há manifesta violação da ordem jurídica. A diversidade de situações jurídicas impõe a discriminação de prazos.

O projeto do novo CPC caminha nesse sentido ao prever, no parágrafo único do art. 928: "Se fundada no art. 919, incisos I e VI, primeira parte, o termo inicial do prazo será computado do trânsito em julgado da sentença penal". As situações descritas na norma dizem respeito àquelas que podem vir a ser apuradas no juízo criminal, por constituírem ilícitos penais: prevaricação, concussão, corrupção e falsidade da prova. Apesar da nobre tentativa, o dispositivo apresenta pontos a serem aperfeiçoados.

Em primeiro lugar, não fica claro no texto proposto se o *dies a quo* seria o trânsito em julgado da sentença penal, ainda que absolutória. Isto é, o simples fato de haver uma ação penal em curso seria suficiente para gerar uma condição suspensiva para o ajuizamento da ação rescisória. Apesar da omissão legislativa, parece ser mais razoável interpretar-se em favor do autor da ação rescisória, de modo que o término da ação penal com a absolvição do réu permita o ajuizamento da ação rescisória, exceto no caso de negativa de ilicitude ou de negativa de autoria, nos casos do inciso I do art. 919 do projeto.

O segundo ponto diz respeito à possibilidade de ajuizamento da ação rescisória *antes* enquanto em trâmite a ação penal. Note-se que, para o autor da ação rescisória, poderá ser necessário buscar uma medida judicial de urgência, para o fim de suspender os efeitos da decisão rescindenda. Dessa perspectiva, o direito constitucional de acesso à justiça impõe que seja regularmente processada a ação rescisória ajuizada antes de iniciado o prazo previsto no art. 928. De toda forma, seria conveniente incluir outro ao art. 928, para alertar que, nos casos previstos no parágrafo anterior, não há óbice ao ingresso da ação rescisória antes do trânsito em julgado da sentença penal.

A hipótese de início do prazo condicionado a determinado evento seria conveniente também para outros fundamentos rescisórios, como a descoberta do impedimento do magistrado que julgou a causa, a prática de ato doloso pela parte vencedora, a descoberta de documento novo etc. Porém, é preciso que haja um termo final para o direito de rescisão. Exemplo disso está na ZPO alemã, que prevê o prazo de trinta dias da data em que a parte tenha tomado conhecimento do fundamento para o pedido de rescisão, mas sempre depois do trânsito em julgado da decisão. E, em seguida, dispõe que após cinco anos do trânsito em julgado da decisão não poderá ser pleiteado novo julgamento²⁸. Outros ordenamentos também acompanham esse modelo de fixação do prazo para a rescisão das sentenças definitivas²⁹.

Por fim, há situações em que não deveria haver prazo para a rescisão da sentença. Exemplo típico é o fundamento

²⁸ “§586. Klagefrist Die Klagen sind vor Ablauf der Notfrist eines Monats zu erheben. Die Frist beginnt mit dem Tag, an dem die Partei von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erhalten hat, jedoch nicht vor eingetretener Rechtskraft des Urteils. Nach Ablauf von fünf Jahren, von dem Tag der Rechtskraft des Urteils an gerechnet, sind die Klagen unstatthaft.”

²⁹ Na mesma linha é a previsão da LEC espanhola: “Artículo 512. Plazo de interposición. 1. En ningún caso podrá solicitarse la revisión después de transcurridos cinco años desde la fecha de la publicación de la sentencia que se pretende impugnar. Se rechazará toda solicitud de revisión que se presente pasado este plazo. 2. Dentro del plazo señalado en el apartado anterior, se podrá solicitar la revisión siempre que no hayan transcurrido tres meses desde el día en que se descubrieren los documentos decisivos, el cohecho, la violencia o el fraude, o en que se hubiere reconocido o declarado la falsedad”.

Assim também é a disposição do CPC japonês, assim redigido na tradução para língua inglesa: “Article 342. An action for new trial shall be instituted within a preemptory term of thirty days from the date on which a party has come to know the reasons for new trial after the judgment became final and conclusive. 2. If five have elapsed from the date on which the judgment became final and conclusive (in the case where the reason for retrial occurred after the judgment became final and conclusive, the date on which such reason occurred), no action for new trial may be filed”.

da ofensa à coisa julgada. Se a coisa julgada é primado da segurança jurídica, sua violação traz apenas incerteza jurídica e, por isso mesmo, não pode prevalecer a decisão posteriormente tomada em afronta à *res judicata*. Assim, o legislador poderia seguir o exemplo do Código de Processo Civil japonês, de 1996, que estabelece expressamente situações em que não há prazo para a desconstituição da sentença viciada³⁰.

5.4. Recursos

A ação rescisória é ação de competência originária do tribunal que proferiu a decisão rescindenda ou, em caso de sentença, do tribunal que seria o competente para julgar o recurso de apelação. Apesar dessa diferenciação procedimental, não se verifica, no âmbito da ação rescisória da Justiça Comum, um sistema recursal próprio.

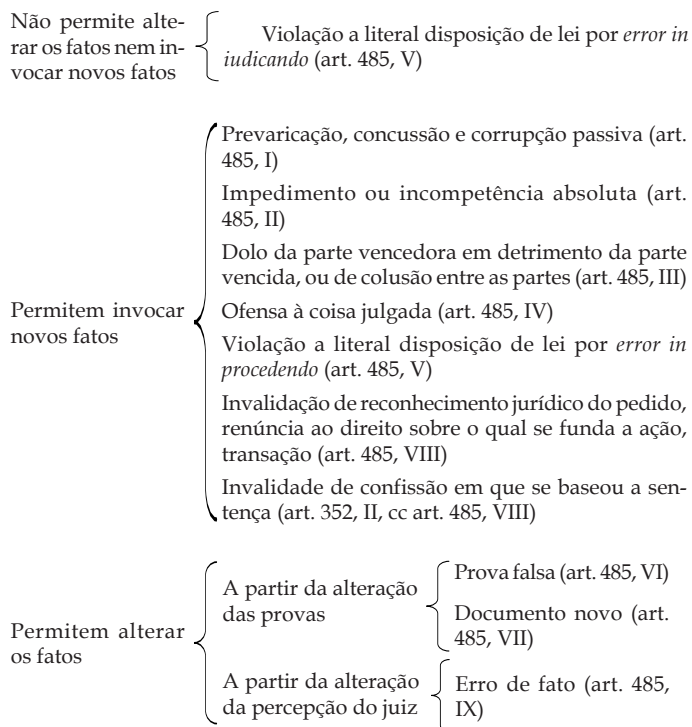
As decisões proferidas na ação rescisória podem estar sujeitas a cinco recursos: agravo regimental contra as decisões individuais do relator; embargos infringentes contra o acórdão que, por maioria de votos, julgar procedente a ação rescisória (art. 530, CPC); recurso especial (art. 105, III, CF); recurso extraordinário (art. 102, III, CF); e embargos de declaração (art. 535, CPC).

A inadequação desse sistema foi por nós apontada em outro estudo, especialmente por não haver recurso de efeito devolutivo

³⁰ “Article 342. (...) 3. The provisions of the preceding two paragraphs shall not apply to an action for new trial on the grounds of defect in authority out of the reason mentioned in item (3) paragraph 1 of Article 338 and the reason mentioned item (10) of the said paragraph”. A hipótese descrita no item (3) do art. 338 diz respeito ao defeito de representação em juízo (“That there was a defect in the power of legal representation, the power of litigation representation, or the authorization necessary for the representative to do acts of procedure”), enquanto o item (10) concerne à ofensa à coisa julgada: (“That the judgment against which an appeal has been made contradicts with the previous judgment which became final and conclusive”). Aliás, a primeira parte do dispositivo japonês, que toca ao vício de representação, parece ter sido extraída do direito alemão (§586, 3).

amplo, para que se pudessem rediscutir fatos tratados apenas na ação rescisória. A percepção de que a maioria dos fundamentos rescisórios traz em seu bojo a discussão sobre fatos novos ou não veiculados no juízo precedente indica a necessidade de assegurar-se duplo julgamento sobre a *quaestio facti*, o que seria propiciado apenas com a introdução de um recurso de efeito devolutivo mais amplo.

Do ponto de vista da invocação de fatos diferentes daqueles discutidos na causa de origem, sugerimos a verificação do seguinte quadro esquemático (BARINONI, 2010, p. 294-295):



que as provas produzidas indicam não ter havido dolo – e o tribunal desconsiderou determinadas provas –, em regra, esse defeito dificilmente seria passível de reexame em sede de recursos de estrito direito. Daí a necessidade de um recurso que possa veicular a questão de fato para um novo exame por órgão diferenciado.

O projeto do novo CPC optou por excluir os embargos infringentes, que exerciam papel relevante na ação rescisória quando não houvesse unanimidade – ainda que a partir de 2001 tenha sido restringida sua admissibilidade aos casos de procedência do pedido³¹. Assim, a ação rescisória

A restrição da via impugnativa da ação rescisória a recursos de estrito direito apresenta sérios problemas quanto à viabilidade de permitir efetivo reexame da questão fática que dá suporte ao fundamento rescisório. Assim, por exemplo, se a ação rescisória estiver fundada em dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida e o tribunal considerar

deixará de contar com recurso que viabilize o reexame fático, o que não nos parece algo salutar para o sistema.

³¹ “Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.” Redação dada pela Lei n. 10.352, de 2001.

A rigor, seria oportuno criar um recurso próprio para a ação rescisória, que permitisse, no âmbito do próprio tribunal que julgou a ação rescisória, oportunidade para reexaminar elementos de fato e de prova dos autos da ação rescisória³². Há, inclusive, proposta de Emenda Constitucional de ampliar a recorribilidade, elaborada pelo Ministro Cezar Peluso, nos seguintes termos: “Art. 105-B Cabe recurso ordinário, com efeito devolutivo e suspensivo, no prazo de quinze (15) dias, da decisão que, com ou sem julgamento de mérito, extinga processo de competência originária: I – de Tribunal local, para o Tribunal Superior competente; II – de Tribunal Superior, para o Supremo Tribunal Federal”.

No âmbito da Justiça do Trabalho, verifica-se dispositivo que permite a recorribilidade pela via de recurso ordinário das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais Federais em sede de ação rescisória.

Embora, a nosso ver, a introdução de recurso ordinário em ação rescisória – nos moldes propostos pela PEC do Ministro Cezar Peluso ou na linha da previsão legal da Justiça do Trabalho (art. 895, b, CLT) – não represente solução adequada ao problema³³, essas iniciativas indicam a grande preocupação com o reexame de fundamentos fáticos de decisões proferidas pelos tribunais no âmbito de sua competência originária.

É oportuno discutir, na Câmara dos Deputados, a criação de um recurso próprio para a decisão final da ação rescisória, que

certamente não causará prejuízos quanto à celeridade da prestação jurisdicional, uma vez que a ação rescisória não inibe a execução do julgado rescindendo (art. 922 do substitutivo do Senado Federal) e a incidência desse recurso seria muito pequena, em vista dos dados estáticos referentes à ação rescisória³⁴. Verifica-se, portanto, que a introdução de um recurso específico para a ação rescisória é favorável ao sistema, ao prestigiar a correção de defeitos de julgamento, especialmente quando se tratar de questões fáticas, não suscetíveis de impugnação pela estreita via dos recursos especial e extraordinário.

6. Conclusões

No projeto de novo Código de Processo Civil, adotou-se a opção de não romper com o sistema vigente. E é exatamente isso que se vê no âmbito da ação rescisória, com poucas e pontuais alterações.

Sem abandonar a linha de continuidade adotada, seria preciso avançar um pouco mais, para melhor aperfeiçoamento técnico e, igualmente, para solucionar problemas práticos que ainda geram debates infundáveis na doutrina e na jurisprudência. A oportunidade da inovação deve ser aproveitada para que o tema da ação rescisória, tão relevante à segurança jurídica, tenha tratamento legislativo apto a permitir a exata compreensão e o aprimoramento de seus elementos fundamentais: as decisões rescindíveis, os fundamentos rescisórios e os diversos aspectos procedimentais. Com isso, a ação rescisória poderá prosseguir

³² Proposta que fizemos também no livro *Ação rescisória...* (BARINONI, 2010, p. 361-). Naquela oportunidade, concluímos: “Deveria ser criado, *de lege ferenda*, recurso específico para a ação rescisória, denominado recurso de revisão, que proporcionasse o reexame de questões de fato e de direito a órgão do próprio tribunal, independentemente do resultado da causa ou da existência de maioria de votos”.

³³ “É preciso atentar para o fato de que o recurso interposto na ação rescisória não pode viabilizar acesso ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça de questões que, no processo originário, não seriam passíveis de conhecimento por esses Tribunais” (BARINONI, 2010, p. 364).

³⁴ Apenas a título ilustrativo, nos dados estatísticos divulgados pelo STJ referentes ao ano de 2010, verifica-se que, entre os 228.961 processos distribuídos, havia apenas 217 ações rescisórias e apenas um embargo infringente em ação rescisória (<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=1&vSeq=168>). No TJ-RS, também no ano de 2010, foram distribuídos 609.032 processos, entre os quais apenas 557 ações rescisórias (http://www1.tjrs.jus.br/site/administracao/prestacao_de_contas/relatorio_anual/2010/pdf/Relatorio_2010_Relatorios_Estatisticos.pdf).

como instrumento voltado à proteção do jurisdicionado contra as decisões eivadas de vícios graves.

Referências

- BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- _____. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. Observações sobre o procedimento da ação rescisória. In: ASPECTOS polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. André Pagani de Souza et. al. Coord. Nelson Nery Jr., Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BRASIL. Código de Processo Civil (1973). *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. Theotônio Negrão, José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli (Org.) 43. ed., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2011. 2158 p.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ação rescisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 292 p.
- CARVALHO, Fabiano. *Ação rescisória: decisões rescindíveis*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DE STEFANO, Giuseppe. *La revocazione*. Milano: Giuffrè, 1957. 259 p.
- DINIZ, José Janguê Bezerra. *Ação rescisória dos julgados*. São Paulo: LTr, 1998.
- DÖHRING, Erich. *La prueba: su práctica y apreciación*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1972.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: J. Bushatsky, 1975. 184 p.
- JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. 25. ed. refundida da obra de Friedrich Lent. Lisboa: Almedina, 2002.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 6.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao CPC*. 15. ed. São Paulo: Forense, 2010.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Ação rescisória: enfoques trabalhistas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. 192 p.
- SANCHES, Sydney. Ação rescisória por erro de fato. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 11, n. 44-68, out./dez. 1986.
- SATO, Priscila Kei. *Translatio iudicii no direito processual civil brasileiro*. 2010. 75 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=187304>.
- TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A ação rescisória no Superior Tribunal de Justiça. In: RECURSOS no Superior Tribunal de Justiça. Coord. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 259-282.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- YARSHELL, Flávio Luiz. Simulação e processo de execução. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Um só processo para resolver toda a lide

Ronaldo Cramer

Sumário

1. A ideologia da reforma. 2. A coisa julgada no Projeto. 3. A ampliação dos limites objetivos da coisa julgada.

1. A ideologia da reforma

Toda reforma tem sua ideologia. A do Projeto de Lei nº 8.046/2010, que institui o novo Código de Processo Civil, está expressa na excelente Exposição de Motivos do Anteprojeto. Segundo o texto, a Comissão que elaborou o Anteprojeto¹ orientou-se por cinco objetivos:

“1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa preferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de

¹ Rendo elogios à Comissão, que realizou um trabalho tão brilhante, quanto democrático, tendo, efetivamente, ouvido e aceito sugestões da comunidade jurídica. Concorde-se ou não com algumas soluções, é fato inquestionável que a Comissão desempenhou muito bem a sua missão. Particularmente, gostei muito do texto do Anteprojeto. Creio que o novo Código proposto pela Comissão promove respostas processuais mais eficientes, mais simplificadas, mais compatíveis com a Constituição e mais adequadas para as causas repetitivas do que o atual Código.

Ronaldo Cramer é mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC-Rio. Membro do IBDP. Advogado.

subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão”².

Destaque-se que um desses desideratos é prestigiar a economia processual ou “dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado”. Corretamente, a Comissão entendeu que se deve aproveitar ao máximo o processo já proposto, a fim de resolver todos os aspectos da lide submetida à apreciação do Poder Judiciário. Com efeito, o processo não deve gerar outros processos, incidentais ou posteriores, para compor questões relativamente ao mesmo litígio. Um só processo deve ser suficiente e necessário para compor toda a lide.

Tendo como premissa a valorização da economia processual, pretendo, neste curto estudo, comentar a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, uma das novidades do Projeto.

2. A coisa julgada no Projeto

A coisa julgada, disciplinada nos artigos 489 a 495 do Projeto, sofreu poucas mudanças significativas.

O Projeto começa definindo a coisa julgada, tal como faz o Código vigente. Se o art. 469 do CPC contém definição bastante criticada, por ter preferido adotar a noção de coisa julgada como eficácia da sentença, conforme a teoria de Konrad Hellwig³, o art. 489 do Projeto, de forma correta, não toma partido de nenhuma corrente, preferindo

dizer que a coisa julgada constitui a “autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeito a recuso”. Ou seja, independentemente da corrente que se adote, a de Hellwig, Enrico Tullio Liebman⁴, José Carlos Barbosa Moreira⁵ ou Ovídio A. Baptista da Silva⁶ (apenas para citar as teses mais conhecidas), é consenso entre todos os processualistas que coisa julgada é, pelo menos, a imutabilidade da sentença de mérito⁷.

O art. 490 do Projeto, que regula os limites objetivos da coisa julgada, parece repetição do art. 468 do CPC, mas não é. Como se sabe, a coisa julgada protege o dispositivo da sentença, porque, nessa parte, tem-se o julgamento do pedido de tutela jurisdicional. Não por outra razão, o art. 490 do Projeto repete o art. 468 do CPC, para dispor que a sentença tem força de lei nos limites do pedido. No entanto, a novidade encontra-se no final desse dispositivo, quando se diz que a sentença também tem força de lei nos limites “das questões prejudiciais expressamente decididas”.

Essa novidade é confirmada no art. 491 do Projeto, que transcreve a regra do atual art. 469, mas sem o inciso III. O art. 491 do Projeto ressalta que não fazem coisa julgada os motivos do julgamento do pedido e a verdade dos fatos em que se baseou o juiz, mas não mais se refere, como ocorre no art. 469 do CPC, ao julgamento das questões prejudiciais.

⁴ Liebman (2007, p. 41 e 55) define a coisa julgada como a qualidade que adere aos efeitos da sentença, tornando-os imutáveis para os processos futuros.

⁵ Para Barbosa Moreira (1971, p. 141-146), a coisa julgada consiste na imutabilidade do dispositivo da sentença, porque nessa parte está o resultado do processo, consistente na fixação da norma reguladora do caso concreto.

⁶ Segundo Ovídio Baptista (1995, p. 105-106), a coisa julgada constitui a imutabilidade do efeito declaratório da sentença, pois esse efeito está a salvo de qualquer modificação.

⁷ A imutabilidade do resultado de mérito do processo aparece em sistemas processuais completamente diferentes do nosso, como no inglês (ANDREWS, 2009, p. 197-198) e no russo (MALESHIN, 2005).

² Trecho da Exposição de Motivos do Anteprojeto.

³ Hellwig consagrou essa tese na obra *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, no início do século XX, segundo informa José Carlos Barbosa Moreira (1977a, p. 81).

A partir da conjugação dos artigos 490 e 491 do Projeto, pode-se inferir que os limites objetivos da coisa julgada protegem tanto o julgamento do pedido, quanto o julgamento das questões prejudiciais. Comentarei essa mudança num item separado, por se tratar do tema central deste breve artigo, além de ser a modificação que reputo mais importante no tema da coisa julgada.

Continuando o regramento da coisa julgada, o art. 492 do Projeto reproduz, literalmente, o art. 471 do CPC, ao tratar das exceções à preclusão *pro iudicato*. O juiz poderá decidir novamente a lide nas relações jurídicas continuativas e nos demais casos previstos em lei.

O art. 493 do Projeto trata dos limites subjetivos da coisa julgada. A regra é a mesma do art. 472 do CPC, com um oportuno ajuste de redação. O art. 472 diz que a coisa julgada somente atinge as partes, mas dispõe que “nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”. Esse trecho do art. 472 do CPC, ao contrário do que se imagina, não contém exceção à regra. Ao dispor que, nas causas relativas ao estado da pessoa, a coisa julgada alcança todos os interessados, o dispositivo quer dizer que eles serão atingidos somente se forem citados, ou seja, apenas se forem partes, não se forem terceiros (BUENO, 2007, p. 395). O art. 493 do Projeto não reproduziu esse trecho do art. 472 do CPC, que, como se vê, apenas confirma a regra segundo a qual a coisa julgada tem efeitos apenas *inter partes*.

Salvo a troca da palavra “defeso” por “vedado” e a expressa ressalva ao disposto no parágrafo único do art. 963 do Projeto, que permite a alegação, no recurso de apelo, de questões não decididas pelo juiz de primeira instância, o art. 494 do Projeto contém a mesma norma do art. 473 do CPC, impedindo a parte de discutir no curso do processo as questões já decididas.

O art. 495 do Projeto trata da eficácia preclusiva da coisa julgada e também praticamente repete a regra do art. 474 do CPC. Segundo o art. 495, transitada em julgada a sentença de mérito, “considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”.

Como se sabe, essa regra tem o objetivo de impedir, em processos futuros, alegações que possam pôr em risco a autoridade da coisa julgada (DINAMARCO, 2009, p. 330). Como diz Dinamarco (2009), de nada adiantaria consagrar a intangibilidade da coisa julgada, se novas decisões pudessem ser proferidas sobre alegações suscetíveis de modificar o que foi julgado. Daí a necessidade do disposto no art. 495 do Projeto, como já ocorre no atual art. 474, que deve ser compreendido como uma regra de reforço da coisa julgada.

Sublinhe-se que a eficácia preclusiva da coisa julgada atinge tanto os argumentos apresentados durante o processo, o que é óbvio, quanto aqueles que poderiam ter sido, mas não foram afirmados pelas partes⁸. Para ilustrar, imagine-se o seguinte exemplo: o autor ajuizou ação, pedindo a invalidação do contrato por coação. Segundo o autor, houve coação, com base nos fatos A, B e C. O juiz não restou convencido e julgou improcedente o pedido. Após o trânsito em julgado da sentença de improcedência, o autor propôs nova ação, pedindo a invalidação do contrato por coação, só que agora com fundamento no fato D, que ele poderia ter alegado, mas não o fez na primeira demanda. Sem dificuldade, percebe-se que essa segunda ação encontra óbice na regra de eficácia

⁸ “O significado do art. 474 é impedir não só que o vencido volte à discussão de pontos já discutidos e resolvidos na motivação da sentença, como também que ele venha a suscitar pontos novos, não alegados nem apreciados, mas que sejam capazes de alterar a conclusão contida no decisório. São razões que a parte poderia opor ao acolhimento do pedido, as defesas que o réu talvez pudesse levantar, mas omitiu” (DINAMARCO, 2009, p. 331).

preclusiva, porque, com a coisa julgada, precluiu a alegação do fato D⁹.

No entanto, é preciso compreender que, após a coisa julgada, somente precluem as alegações referentes à causa de pedir deduzida em juízo, e não a qualquer causa de pedir que o pedido formulado pelo autor pudesse ter¹⁰. Para deixar claro esse entendimento, o art. 495 do Projeto foi muito feliz ao dispor que a eficácia preclusiva da coisa julgada não se aplica na “hipótese de ação fundada em causa de pedir diversa”. Para exemplificar, suponha-se que o autor ajuizou ação, pedindo a invalidação do contrato por coação. O juiz julgou improcedente o pedido. Depois do trânsito em julgado da sentença, o autor propôs outra ação, pedindo a invalidação do contrato, mas, dessa vez, por dolo. Como a causa de pedir mudou, ainda que o pedido de tutela jurisdicional seja o mesmo, a regra da eficácia preclusiva da coisa julgada não incide.

Essas são, muito sinteticamente, as modificações que o Projeto fez no instituto da coisa julgada.

3. A ampliação dos limites objetivos da coisa julgada

Os limites objetivos da coisa julgada consistem no *que* foi protegido por ela e não pode ser mais julgado em qualquer outro processo.

No Código vigente, o *que* é acobertado pela *res iudicata* é o dispositivo da sentença. Os fundamentos, ou a “atividade lógica exercida pelo juiz para preparar e justificar a decisão” (LIEBMAN, 2007, p. 52), não são abrangidos pela coisa julgada.

Exatamente por isso, somente a questão principal, que é julgada pelo dispositivo da sentença, será protegida pelos limites

⁹ “A expressão *eficácia preclusiva* expressa a ideia de que a coisa julgada é tomada pela lei como um fator que opera a preclusão das faculdades processuais” (DINAMARCO, 2009, p. 330).

¹⁰ Vide, por todos, (MOREIRA, 1977, p. 99, 103-108) “Eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro”.

objetivos da coisa julgada. As questões prejudiciais, por sua vez, não são alcançadas por esses limites, porque sua apreciação ocorre nos fundamentos da sentença.

O art. 469 do CPC consagra esse entendimento, ao prescrever que não fazem coisa julgada os fundamentos, a verdade dos fatos estabelecida nos fundamentos e as questões prejudiciais. O art. 470 do CPC acrescenta que as questões prejudiciais serão acobertadas pela coisa julgada, se sobre elas for proposta uma ação incidental. Nesse caso, a questão prejudicial da ação principal torna-se principal da ação incidental, e, nessa qualidade, produz coisa julgada.

Como já dito, o Projeto mudou a regra. Os artigos 490 e 491 do Projeto estendem a cobertura da coisa julgada para as questões prejudiciais, dispensando a propositura de ação declaratória incidental.

Essa mudança vem sendo questionada por alguns setores da comunidade jurídica. Na tramitação do Projeto no Senado Federal, foram apresentadas, sem êxito, algumas emendas para suprimir a referida regra. Segundo os críticos, a nova regra traz incerteza, porque a questão prejudicial é apreciada nos fundamentos da sentença, que nem sempre são muito claros. Assim, o que ficou protegido pela coisa julgada pode passar a ser uma tarefa interpretativa, lançando-se insegurança sobre a ocorrência desse fenômeno processual.

Particularmente, gosto da ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, para abranger as questões prejudiciais.

Em primeiro lugar, os limites da coisa julgada não estão previstos na Constituição e constituem mera opção política do legislador infraconstitucional, conforme entendem o Supremo Tribunal Federal¹¹

¹¹ “Se a discussão em torno da integridade da coisa julgada reclamar análise prévia e necessária dos requisitos legais, que, em nosso sistema jurídico, conformam o fenômeno processual da *res iudicata*, revelar-se-á incabível o recurso extraordinário, eis que, em tal hipótese, a indagação em torno do que dispõe o art. 5º, XXXVI, da Constituição – por supor o exame, *in concreto*, dos limites subjetivos (CPC, art.

e respeitável doutrina (TALAMINI, 2005, p. 52). Logo, qualquer lei federal pode alterar o modo de ser da coisa julgada, como pretende o Projeto do novo Código de Processo Civil.

Como ressaltado no início deste estudo, um dos objetivos do novo Código é dar o maior rendimento possível ao processo, justamente para permitir que um só processo possa, efetivamente, resolver a lide.

No Código atual, com o confinamento da coisa julgada apenas para a questão principal, a solução do processo nem sempre significa a solução da lide. Além da sentença terminativa, há casos em que até mesmo a sentença definitiva não resolve completamente a lide.

Veja-se a seguinte situação, conforme o excelente exemplo citado por Dinamarco (2009, p. 319): uma sentença transitada em julgado declara que o réu não deve cumprir determinada cláusula, com fundamento na nulidade do contrato. Posteriormente, uma segunda sentença condena o mesmo réu a cumprir outra cláusula do mesmo contrato, com fundamento na validade deste. Pelo Código atual, a segunda sentença não violou a coisa julgada da primeira ação, porque a validade do contrato foi julgada como questão prejudicial nas duas demandas e, por esse motivo, não restou protegida pela *res iudicata*. Assim sendo, a validade do contrato, que pode ser um dos aspectos principais do litígio entre as duas partes, não será definitivamente dirimida enquanto não constituir questão principal do processo, ou seja, enquanto não for objeto do pedido de tutela jurisdicional.

472) e/ou objetivos (CPC, arts. 468, 469, 470 e 474) da coisa julgada - traduzirá matéria revestida de caráter infraconstitucional, podendo configurar, quando muito, situação de conflito indireto com o texto da Carta Política, circunstância essa que torna inviável o acesso à via recursal extraordinária. Precedentes." (STF, Segunda Turma, agravo regimental no recurso extraordinário nº 220517, rel. Min. Celso de Mello, j. 10.04.2001).

Ao ampliar os limites objetivos da coisa julgada, o Projeto visa diminuir os casos, como o do exemplo acima, em que a solução do processo não resulta na solução da lide, conferindo a maior efetividade possível a um só processo.

Não posso concordar com o argumento de que a modificação pretendida pelo Projeto cause incerteza quanto ao entendimento do que sejam, no caso concreto, os limites objetivos da coisa julgada. Esquecem-se os críticos que o art. 490 do Projeto dispõe, claramente, que as questões prejudiciais somente serão encobertas pela coisa julgada, se forem expressamente decididas pelo juiz. Por conseguinte, para ocorrer a proteção da *res iudicata*, o juiz deverá, na fundamentação da sentença, destacar as questões prejudiciais e decidi-las expressamente, de modo que não paire nenhuma dúvida sobre qual questão foi julgada e como foi.

Destaque-se, ainda, que não há necessidade de pedido expresso da parte para que as questões prejudiciais sejam envolvidas pela coisa julgada. O juiz, ao enfrentar essas questões na sentença, sempre deverá destacá-las e julgá-las expressamente, sendo que o abrigo da coisa julgada dar-se-á automaticamente, por força de lei.

Infere-se, portanto, que a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, para alcançar as questões prejudiciais expressamente decididas, é boa solução legislativa, sobretudo porque - faço questão de frisar novamente esse argumento - a ideologia do Projeto é *que um só processo seja o bastante para dirimir toda a lide*. Sinceramente, quem pode ser contra esse propósito?

Referências

ANDREWS, Neil. *Andrews, O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, tomo 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 3.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MALESHIN, Dmitry. O novo código de processo civil russo de 2002. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 121, p. 161-162, mar. 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. In: *Direito processual civil: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. Coisa julgada e declaração. In: *Temas de direito processual: (primeira série)*. São Paulo: Saraiva, 1977a.

_____. Eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. In: _____. São Paulo: Saraiva, 1977b.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Sentença e coisa julgada*. 3. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Fabris, 1995.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

A reforma do Código de Processo Civil e os recursos para os tribunais superiores

Sidnei Beneti

Sumário

1. A elaboração de novo Código. 2. Pontos positivos do Projeto. 3. Pontos negativos. 4. O sistema de recursos para os tribunais superiores. 5. Sugestões de transformações estruturais. 6. Inexistência de “arbitrio” judicial. 7. Longa vida ao Novo Código.

1. A elaboração de novo Código

A elaboração de um novo código ou a reforma do código antigo é dilema que, quando novas exigências decorrentes do passar dos tempos se fazem sentir, sempre se apresenta aos diversos segmentos da atividade política e jurídica, entre os quais, em primeiro lugar, os legisladores, mas também os professores de Direito, juízes, advogados, promotores de justiça, defensores, notários, policiais e auxiliares da Justiça.

Ante a perspectiva de mais uma reforma da Constituição, Pedro Lessa (1925, p. 3) escreveu: “Ameaça-nos uma nova crise de reformas constitucionais”; a Comissão de Reforma do Código Civil Francês, monumento promulgado por Napoleão em 1804, presidida pelo grande Josserand, por sua vez, ante a convulsão legal, jurisprudencial e doutrinária decorrente de uma reforma, concluiu os trabalhos decidindo não elaborar novo Código, mas simplesmente atualizar o já existente onde necessário.

Sidnei Beneti é Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Doutor em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP. Professor Titular Aposentado de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Ex-Professor Voluntário Doutor de Prática Civil e Instituições Judiciárias na Faculdade de Direito da USP. Presidente Honorário da União Internacional de Magistrados - UIM (Roma). Membro de anteriores Comissões de Reforma dos Códigos de Processo Civil e de Processo Penal, do Ministério da Justiça.

Na esteira do pensamento conservacionista, permanecem em vigor, com atualizações, o Código Civil Alemão – o BGB, de 1900, o Cód. de Proc. Civil Alemão – a ZPO, de 1877. Ante o reformismo, contudo, a França recentemente promulgou um novo Código de Processo Civil, Portugal alterou o seu e, antes impensável, o Reino Unido elaborou um código de regras ajuizamento cível, criando, ainda, uma Suprema Corte de Justiça, para a última palavra no sistema jurídico, em substituição do julgamento pela seção especializada da Câmara dos Lordes, como vinha sendo há séculos – mas nomeados os mesmos “Law Lords” da seção da Câmara dos Lordes como membros da nova Corte Suprema.

Tendo em vista a notória necessidade de novo regramento processual para novas exigências do sistema jurídico nacional, surgidas após a promulgação do Código Buzaid, de 1973, tornadas evidentes inclusive diante da inegável desfiguração sistemática do diploma, em decorrência de aproximadamente dezenas de modificadoras, optou o Senado Federal, por ato do Presidente, Senador José Sarney¹, pela elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil, atualmente Projeto já aprovado pelo Senado Federal² e em tramitação na Câmara dos Deputados³, incumbindo-se dos trabalhos de elaboração do Anteprojeto uma comissão de grandes processualistas, presidida pelo Professor Luiz Fux, então Ministro do Superior Tribunal de Justiça e atualmente Ministro do Supremo Tribunal Federal, e tendo como Relatora a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier – à frente de comissão de grandes nomes da ciência processual: Adroaldo Furtado Fabrício, Humberto Theodoro Júnior, Paulo César Pinheiro Carneiro, José Roberto dos Santos Bedaque, José Miguel Garcia Medina, Bruno Dantas, Jansen Fialho de Almeida, Ben-

dito Cerezzo Pereira Filho, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Elpídio Donizetti Nunes.

O presente escrito é um primeiro enfoque, fundado na análise pessoal⁴ do Projeto ora em curso na Câmara dos Deputados com ênfase para a parte relativa aos Recursos para os Tribunais Superiores, visando estritamente a colaborar para com o debate para aperfeiçoamento do texto que vier a ser transformado em lei.

A sociedade brasileira anseia por um sistema processual que garanta a Justiça com eficiência e celeridade, honrando o estágio da ciência processual atual. Quiçá no futuro todos os que concorreram para a elaboração do novo Código possam com orgulho repetir a clássica observação de Napoleão Bonaparte sobre o Código Civil Francês de 1804, ainda em vigor atualmente: “Minha verdadeira glória não é ter vencido quarenta batalhas; Waterloo apagará a lembrança de tantas vitórias. O que nada apagará, o que viverá eternamente, é o meu Código Civil”.

2. Pontos positivos do Projeto

Posto à luz, Anteprojeto e, atualmente, Projeto de Código de Processo civil, passou a receber a crítica especializada.

Na ótica do autor deste escrito, entre outros, no Projeto, destacam-se os seguintes pontos positivos:

a) Boa organização sistemática, com os diversos institutos arranjando-se segundo

⁴ Os pontos de vista expostos neste trabalho, pessoais, resultam de reflexões decorrentes de: 1) cerca de quarenta anos de Magistratura, em 1º Grau e em três Tribunais de S. Paulo, 2) aproximadamente trinta anos de docência atividade acadêmica em Direito Processual Civil e Penal; 3) participação, por nomeação do Ministério da Justiça, em Comissões de Reforma dos Códigos de Processo Civil e Processo Penal (presididas, respectivamente, pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira e pela Profa Ada Pellegrini Grinover); 4) observação “in loco” do funcionamento de numerosos juízos e tribunais estrangeiros, propiciada pelo longo exercício da Vice-Presidência e da Presidência da União Internacional de Magistrados (Roma). Para melhor exposição de alguns pontos, ver outros escritos do autor, especialmente: (2005), (2006), (1996) e (2009).

¹ Ato do Presidente do Senado federal nº 379, de 2009.

² PLS 166/2010.

³ PLCD 8046/2010.

ordem que vai do geral para o especial, de forma que noções primeiramente expostas, à moda de postulados, condicionam a coerência lógica das prescrições legais ulteriores, o que contribui enormemente para a clareza de leitura e colabora no sentido da formação de jurisprudência congruente e mais estável.

b) Elogiável instituição de uma Parte Geral, com disposições fundamentais para todo e qualquer processo judicial, configurando os institutos fundamentais, nos moldes que serão ulteriormente utilizados nas disposições da parte especial, retomando a boa técnica do Código de Processo Civil de 1939, em má hora abandonada pelo Código Buzaid, de 1973.

c) Texto “enxuto”, com 970 artigos, em vez dos 1210 artigos do Código de Processo de 1973, isto é, cerca de duas centenas de artigos a menos, o que constitui número considerável de preceitos que, extirpados, serão de utilíssima inexistência, sendo sabido que boa é a lei que é curta, a fim de que a sobejidão de preceitos não alimente a sinuosidade de confronto de normas, fonte inesgotável de alimentação da cizânia interpretativa que tanto infelicitava a vida judiciária – conquanto muitas vezes faça o prazer daquele “frívolo curialismo que se compraz em espiolhar nulidades”, na frase certa da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941⁵.

d) Decidida redução do número de procedimentos especiais, o que se insere na mais moderna técnica da ciência normatizadora do processo judicial, em que o labirinto procedimental deve ser o mais possível evitado, ainda que a minimalização tanto doa ao fascínio de manutenção do inventário histórico de ações, classificadas segundo o direito material, forte remanescente da fórmula pretoriana, típica do Período Formulário da *Ordo Iudiciorum Privatorum* romana, que teima em sobreviver,

em que pese a conhecida anatematização lançada por Gaio.

e) Corajosa supressão do livro atinente ao Processo Cautelar, que o sistema jurídico-processual teve de criar para a urgência e a provisoriedade, a fim de evitar, na inconfundível frase de Lopes da Costa (1958), que, dada a demora do litígio principal a respeito da venda de gado, quando o caso houvesse sido julgado, os bois já teriam “virado bife”, mas que, no mundo processual moderno, sobretudo após a cerrada contrariedade exterminadora de Fritz Baur e à redução ao mínimo nos Códigos Modernos, passou, esse processo, o cautelar, a tornar-se desnecessário, mormente em sistema de processo como o brasileiro, que possui a previsão da cautelaridade geral inominada (atualmente CPC, art. 798), ao lado da também inominada previsão da antecipação dos efeitos da tutela (atualmente, CPC, art. 273) – não havendo mais razão para que, via processo cautelar, se opere o milagre ao avesso da multiplicação desnecessária dos autos (o da cautelar e o da principal), como se de autos já não fosse tão prene o Poder Judiciário e se da pluralidade não resultasse tanta opacidade de leitura para todos os figurantes postulatórios e decisórios do processo!

f) Regramento do instituto do *amicus curiae*, imprescindível à boa disciplina dos processos repetitivos.

g) Supressão da irrestrita permissividade dos Agravos de Instrumento, ante a decidida opção pelo Agravo Retido (que, nem mesmo este, seria, em tantos casos, necessário, por lidar, salvo raras interlocutoriedades, com matérias sobre as quais impossível configurar-se, ante a natureza de ordem pública, a “preclusão pro-judicato”). Não há mais, positivamente, razão para a irrestrita condução aos Tribunais, via Agravo de Instrumento, de matérias incidentais desimportantes para o desfecho do processo, as quais o Juiz, por ocasião da sentença – e apenas no grave momento da prolação da sentença – forçosamente

⁵ Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, Item XVII.

reavaliará, tomando, então, a decisão pertinente, inclusive, eventualmente, a sanção de defeitos embutidos no desenvolvimento anterior da relação jurídica processual.

h) Preservação da normatização excelente do cumprimento da sentença, sob a coercitividade efficientíssima da multa (*astreinte*), para a efetividade das decisões judiciais – mantendo aquela “execução sincrética”, em boa hora inserida no sistema processual (CPC/1973, art. 475-J, com a redação da Lei 11.232/2005).

i) Prestigiamento dos meios concilia-tórios e alternativos de solução de contro-vérsias, como a conciliação, a mediação e a arbitragem.

j) Tratamento de demandas repetitivas em primeiro grau, nos Tribunais de Justiça e Regionais Federais e nos Tribunais Superiores é ponto alto do Projeto, abrindo, realmente, perspectivas para a melhoria do sistema de justiça, mediante a redução dos casos de macrolides ao julgamento apenas uma vez, sem repetir-se, infundavelmente, no tocante a cada caso individual de litigante que tenha a sua lide individual absolutamente idêntica às demais lides dos demais litigantes; essa “macrolide” ou lide multitudinária, precisa ser resolvida, pena de se inviabilizar o sistema jurisdicional do país – podendo-se lembrar exemplos, como os casos de telefonia no Estado do Rio Grande do Sul, em que uma só empresa chega à ordem de mais de 100.000 processos, de aposentados, de pensionistas, de participantes de planos de saúde, de vencimentos de servidores públicos, de direitos de consumidores quanto a instituições de crédito ou fornecedores, de lesados ambientais e tantos outros, ressaltando-se, por eloquente, caso de que Relator no STJ o autor deste escrito, em que “macrolide” multitudinária relativa à correção monetária de depósitos em cadernetas de poupança, em decorrência de quatro passados Planos Econômicos, produziu o ajuizamento de processos individuais que se estimam em 750.000 e em torno de 1.500 ações coletivas no território nacional.

k) Inserção do processo eletrônico no Código de Processo Civil⁶, o que é providência de impensáveis consequências, cuja importância basta apenas aludir, sabendo a acaciano demonstrar.

l) Conservação da fidelidade à formação histórico-sistemática do Direito Processual Civil brasileiro, mantendo intactos, sem rupturas, os grandes conceitos doutrinários informadores de nosso sistema processual-constitucional, com estrita observância dos princípios do contraditório, oralidade, livre convencimento, demanda, motivação, publicidade e outros que fazem o processo brasileiro credor do maior respeito como um dos sistemas mais civilizados e garantidores de direitos dos litigantes no mundo.

3. Pontos negativos

Esses pontos positivos e muitos outros marcam enorme vantagem sobre os pontos negativos, muitos dos quais, aliás, negativos tão somente sob a ótica individual, ainda que do maior respeito, mas sempre discutíveis, como o são, aliás, alguns pontos que, na ótica do autor deste escrito, são, realmente negativos, porque amparam institutos que atrapalham a fluidez do processo e são, a rigor, desnecessários, porque sobrepostos a outros que lhes supririam a falta, com a vantagem da não duplicidade e da não fragmentação do procedimento.

Não é aqui o lugar para a exposição do embasamento pelo qual se caracterizam como institutos, cuja subsistência no Projeto o tisa de negatividade – como o passado já demonstra e o futuro mais comprovará –, mas, por coerência e a fim de que não se cale o posicionamento contrário, conquanto, admita-se, em alguns pontos, na contra-mão do pensamento geral, enumeram-se alguns pontos de institutos nocivos e desnecessários:

⁶ 1) Lei 1149, de 19.12.2006; 2) Res. 341 do STF, de 16.4.2007; 3) Res. 08 do STJ, de 20.9.2007; 4) Res. 01 do STJ, de 10.02.10; 5) Res 427 do STF, de 20.4.1010.

a) Efeito suspensivo dos Embargos de Declaração, em vez do retorno à regra do mero efeito interruptivo, o qual, este, fazia mais célere a recorribilidade pelos Embargos ou pela apelação, e evitava a interposição dos Embargos para ganhar tempo para a preparação da apelação (nem se falando da procrastinação pura e simples), lembrando-se que o fato da possibilidade de aplicação de multa não afasta a atividade procrastinatória, seja porque grande parte dos processos lida com aquinhoados com a gratuidade processual, de modo que podem receber todas as multas, que não irão pagar nunca, seja porque, para o litigante em má situação pessoal, sempre vantajoso relegar para mais tarde o desfecho do processo, ainda que acumulando multa, seja, por fim, dado o indesejável efeito prático de a multa tomar-se, pelo patrono, como pessoalmente recebida, a gerar desnecessária malquerença pessoal para com o julgador, como se já não houvesse outras causas de micro ou macrotraumas que fazem tão mal ao produto final da respeitabilidade das coisas da Justiça – e isso sem falar na utilidade, para o vencido procrastinador, da inserção, no Acórdão ou na sentença, de mais um capítulo recorrível, o da multa, quando poderia não haver nenhum outro! Acresça-se, como ponto de fragmentação evitável, a previsão dos Embargos de Declaração contra decisões interlocutórias (Projeto, art. 937).

b) Manutenção da exigência do prequestionamento explícito no caso de recorribilidade para os Tribunais Superiores – cuja eliminação seria corolário da mudança da prodigalização da exigência de Embargos de Declaração, cujo número poderia ser reduzido, como se disse acima, anotando-se que a inserção dos desvãos, sempre de consideração subjetiva, da configuração, ou não, do prequestionamento, impõe ao recurso extraordinário e incomensurável desvio de enfoque do fulcro da questão de direito material posta nos autos e para a qual as partes pretendem uma solução, tornando sinuoso o enfoque analítico e

expositivo dos recursos, o que se poderia evitar simplesmente banindo a exigência de prequestionamento e admitindo-se o julgamento das matérias tanto que verdadeiramente postas sob o contraditório, que, este, não o prequestionamento, constitui garantia constitucional (CF, art. 5º, LV).

c) Incentivo ao *monocratismo* despersonalizador da vontade colegiada, o que, como se verá abaixo, é extremamente nocivo à formação de jurisprudência estável e, ainda, praticamente obriga o litigante sincero ou puramente insistente ao uso dos recursos internos como o Agravo Regimental e fornece ao litigante procrastinador caminho para o prolongamento da recorribilidade retardadora – além de realmente impedir, o *monocratismo*, a célere formação de jurisprudência estável, que só pode provir do julgamento colegiado.

d) Não instituição de filtros recursais efetivos, como o instituto do “*Leave to Appeal*” na admissibilidade recursal para os Tribunais Superiores – este, realmente, o ponto mais grave na perda da chance de realmente reformar o gravoso e caótico sistema recursal, que assola e inviabiliza a prestação jurisdicional célere e de constante qualidade nos Tribunais Superiores. Esse mecanismo do “*leave to appeal*” constitui a mola mestra do controle das massas recursais julgadas pelos Tribunais Superiores, sem restringir o número de recursos à disposição das partes, nos Tribunais estrangeiros que realmente atendem em curto tempo e com efetividade à demanda recursal, notadamente as Cortes Supremas do sistema anglo-americano (Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, Austrália, Nova Zelândia e outras), e algumas de sistema continental (Alemanha, França, Suíça), não havendo razão para preferirem-se outros sistemas que já se provaram geradores de enormes massas de recursos e, conseqüentemente, de atrasos (como Itália, Portugal, Espanha, Grécia, países da América Latina e tantos outros). Sobre esse instituto mais se exporá, neste escrito, abaixo.

4. O sistema de recursos para os tribunais superiores

O Projeto trata dos recursos para o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça nos arts. 942 a 960. A redação dos dispositivos legais de regência é, com evidência de saltar aos olhos, bem melhorada, obedecendo à melhor técnica.

Quanto ao Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça, permanecem, na substância, os mesmos requisitos e o mesmo processamento, mediante a interposição do Recurso Especial perante o presidente ou vice-presidente do Tribunal de Justiça ou Regional Federal de origem, que prolatará decisão de admissibilidade ou inadmissibilidade, cabendo agravo de instrumento, instruído com cópias das peças obrigatórias ou necessárias, para o Superior Tribunal de Justiça.

Os Embargos de Declaração, Embargos de Divergência e Mandado de Segurança devem ser interpostos diretamente no Superior Tribunal de Justiça.

Nos termos do vigente sistema, mantido pelo Projeto, alguns pontos positivos importantes constam do Projeto, como: a) decidida opção pela repercussão geral como requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário (Proj. art 950, § 3º); b) autorização de não conhecimento imediato, diante de Súmula ou jurisprudência já definida pelo Tribunal (Proj. art. 951, § 3º); c) possibilidade de envio ao Supremo Tribunal Federal, para julgamento constitucional e remessa por parte deste ao Superior Tribunal de Justiça, no caso de infraconstitucionalidade (Projeto, art. 946).

5. Sugestões de transformações estruturais

Algumas sugestões, contudo, devem ser acrescentadas, para a radical transformação do sistema recursal para os Tribunais Superiores, especialmente para o Superior Tribunal de Justiça, a fim de que, realmente, possam as Cortes Superiores exercer o

papel constitucional de intérpretes da lei federal, no sentido da definição de controvérsias jurídicas existentes nos tribunais nacionais no tocante a ela.

As sugestões podem ser resumidas nas proposições seguintes, que se tratarão, individualizadamente, no seguimento deste trabalho:

a) Instituição de procedimento de, permita-se a expressão atécnica, “recorribilidade rescisória”, com trânsito em julgado do julgamento dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais na origem, admitindo-se o acesso aos Tribunais Superiores tão somente via provocação direta nesses Tribunais, à moda da atual Ação Rescisória – como consta de Projeto elaborado pela Presidência do Supremo Tribunal Federal⁷, preparado para o ideário de um denominado Terceiro Pacto Republicano, a ser celebrado pelos Presidentes dos Três Poderes.

b) Realização da admissibilidade (“*leave to appeal*”), pelo próprio Superior, por

⁷ O noticiário dá conta de que a “PEC dos Recursos propõe a imediata execução das decisões judiciais, logo após o pronunciamento dos tribunais de segunda instância (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais). Não haverá alteração nas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinário (para o STF) e especial (para o STJ), mas ela não impedirá o trânsito em julgado da decisão contra a qual se recorre. A PEC acaba com o efeito suspensivo aos recursos, facultando ao ministro relator, se for o caso, pedir preferência no julgamento” (Noticiário do “Site” do STF, 21.3.2011). Essa “PEC dos Recursos”, que será objeto do 3º Pacto Republicano e cujo texto se abre atualmente ao chamado “Debate Público Digital”, criado pela Fundação Getúlio Vargas, surge com a proposta de alteração do vigente Código de Proc. Civil, cujos arts. 105-A e 105-B, do Cód. de Proc. Civil, os quais passariam à redação seguinte: “Art. 105-A A admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial não obsta o trânsito em julgado da decisão que os comporte. / “Parágrafo único. A nenhum título será concedido efeito suspensivo aos recursos, podendo o Relator, se for o caso, pedir preferência no julgamento. / “Art. 105-B Cabe recurso ordinário, com efeito devolutivo e suspensivo, no prazo de quinze (15) dias, da decisão que, com ou sem julgamento de mérito, extinga processo de competência originária: / “I - de Tribunal local, para o Tribunal Superior competente; / “II - de Tribunal Superior, para o Supremo Tribunal Federal”.

intermédio da Presidência do Tribunal, alargando-se a competência do atual NUPRE – núcleo de apreciação de formalidades recursais, cabendo recurso interno exclusivamente a um órgão colegiado a ser criado no Tribunal, de modo a realizar-se o “filtro” de admissão de casos, com a imediata e célere rejeição de recursos considerados inviáveis – por se tratar de teses já firmadas, sem que se apresentem argumentos novos, por insuficiente instrução, formulação ou debate de argumentos, ou por falta absoluta de repercussão geral para a sociedade brasileira, interessando o caso exclusivamente aos próprios litigantes. Esse sistema, de forma muito mais rigorosa e radical, constitui o procedimento em uso na Corte Suprema dos Estados Unidos (regra do exame em “*Conference*”, em que somente se admitem recursos se em prol da admissibilidade houver quatro votos dos nove “*Justices*” integrantes da Corte), ou das Cortes Constitucional (“*Bundesverfassungsgericht*”) ou Superior (“*Bundesgerichtshof*”) da Alemanha, ou, ainda, da Corte de Cassação (“*Cour de Cassation*”) francesa – nas quais uma Comissão de Juízes (lembrando-se que, na Corte Francesa, foi, nessa comissão, notável a atuação do grande Magistrado, o civilista Henry Mazeaud) examina a admissibilidade e, se a nega por unanimidade, não cabe nenhum recurso para a aceitação (presumindo-se, ao contrário, a aceitação, caso haja votos vencidos).

6. Inexistência de “*arbitrio*” judicial

Alguns argumentos vêm sendo apresentados contra o Projeto de Código de Processo Civil, os quais, contudo, não apresentam consistência, em que pese grande respeito pelo conhecimento e elevados propósitos de alguns de seus formuladores.

O propalado aumento dos poderes do juiz, como indicativo de *arbitrio* jurisdicional é absolutamente inexistente, lembrando-se que os poderes outorgados

pelo Projeto ao juiz não vão, a rigor, muito além dos de que já dispõe o julgador no Código de Processo Civil vigente.

Além disso, ainda que se outorgasse dose mais elevada de poderes, estariam eles muito longe dos verdadeiros poderes jurisdicionais que informam institutos de direito estrangeiro como o “*contempt of court*”, que autoriza a imposição de multas e, mesmo, de medidas restritivas pessoais ao próprio Advogado, a declaração expressa do Advogado de crença na sinceridade da demanda, a responsabilização por custas e despesas em valores elevadíssimos e disposições semelhantes.

O que se põe em discussão é se o meio jurídico e a própria sociedade brasileira desejam, realmente, uma atuação judiciária mais rápida e efetiva, com a redução do número de processos e a consequente formação de jurisprudência estável, ou prefere manter as incongruências e a lassidão do sistema processual atual.

7. Longa vida ao Novo Código

Pacífico na sociedade e nos participantes da vida judiciária que o sistema processual atual está verdadeiramente lançado à insolvência, levando à demora, à ineficácia e ao *deficit* qualitativo da prestação jurisdicional. Como parte dessa falência processual, o outrora magnífico monumento legislativo consubstanciado no vigente Código de Processo revela-se insuficiente e mostra-se enormemente mutilado por sucessivas reformas.

O texto do Projeto de Novo Código de Processo Civil, embora possa ainda ser aprimorado, garante os direitos dos litigantes de acordo com a Constituição, acrescentando a eficiência e a celeridade, à luz de um sistema claro e direto, fugindo ao teorismo estéril que somente atrasa a satisfação dos direitos dos litigantes e acarreta, não só para Juízes, mas também para Advogados e Promotores de Justiça e servidores, a pecha do hermetismo e

da não praticidade, impondo ingente o verdadeiro sepultamento em vida sob a massa de escritos desnecessários e a trilha de labirintos sinuosos em que se perdem direitos e esperanças.

Texto lógico, claro e direto, o Projeto arreda a situação do tratamento das coisas concretas sob a ótica do teorismo abstrato, fazendo lembrar a “Parábola das Duas Portas”, devida à verve de Keyserling, reproduzida por Couture (1951, p. 21) nas “Conferências de Paris”, ironizando o jurista teórico que, se “ficasse diante de duas portas, uma com a legenda – “Entrada para o céu” – e outra com o dístico – “Entrada para um curso de conferências sobre o céu” –, entraria, sem hesitações, no curso de conferências...”

Referências

- BENETI, Sidnei. Assunção de Competência e “Fast Track” Recurs. In: Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. Organização Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: DPJ, 2005, p. 790-799.
- _____. Doutrina de precedentes e organização judiciária. In: Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. Coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Jr., Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 43-487.
- _____. A Reforma Processual Alemã de 1976 e a Interpretação da Reforma do Código de Processo Civil Brasileiro. In: TEIXEIRA Sálvio de Figueiredo (Coord.) *Reforma do Código de Processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 869-884.
- _____. Reformas de Descongestionamento de Tribunais. In: Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a César Asfor Rocha. Organização Paulo Bonavides, Germana Moraes e Roberto Rosas. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 507-522.
- COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. *Medidas preventivas*. 2. ed. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1958.
- COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. Tradução do espanhol por Mozart Víctor Russo-mano. 3. ed. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1951. 116 p.
- LESSA, Pedro. *Reforma constitucional: o preconceito da reforma constitucional; a autonomia municipal; o caso do Conselho Municipal perante o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Brasileira Lux, 1925. 257 p.

Recursos e rendimento do processo

Problemas de hoje e soluções para o amanhã

Teresa Arruda Alvim Wambier

Sem a menor sombra de dúvida, a ideia que está por trás do princípio da *economia processual* comporta ser projetada tanto na dimensão individual de cada processo, quanto na dimensão macro, que diz respeito ao funcionamento, ou, para usar-se um estrangeirismo expressivo, à *performance do Poder Judiciário*, abrangendo o modo como conduz e resolve os conflitos que estão submetidos à sua apreciação.

Esta última ótica foi a que inspirou muitas alterações que o projeto para um novo CPC apresentou, em relação ao que se prevê no ordenamento jurídico processual em vigor.

Por essa perspectiva, em que se privilegia a necessidade de que o Poder Judiciário “funcione bem”, procurou-se fazer com que cada processo “renda” mais, o que significa que, quando chegar ao fim, tenha sido, de fato, resolvida integralmente a controvérsia subjacente.

Evidentemente, uma das principais alterações que cumpre essa finalidade é a extensão da autoridade da coisa julgada às prejudiciais.

Diz-se, com acerto, que o pedido tem a função de delimitar a atividade jurisdicional.¹ Diz-se também que a petição

Teresa Arruda Alvim Wambier é Livre-docente, doutora e mestre em Direito pela PUC-SP. Professora nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da mesma instituição. Professora no curso de mestrado da UNIPAR. Presidente do IBDP. Membro da International Association of Procedural Law, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, do Instituto Panamericano de Derecho Procesal, da International Bar Association, da Academia de Letras Jurídicas do Paraná e São Paulo, do IAPR e do IASP, da AASP, do IBDFAM. Advogada.

¹ Cf., entre outros, ATTARDI (1994, p. 58); CONSOLO (1998, v. 1, p. 71-72); LA CHINA (1991, p. 582). Segundo o princípio da inércia da jurisdição, o órgão jurisdicional somente deve agir se houver provocação.

inicial pode ser vista como um projeto da sentença.²

É na petição inicial que o autor determina sobre o que deverá o juiz decidir, com autoridade de coisa julgada. No regime atual, a atuação do réu não tem o condão de interferir nos limites objetivos da coisa julgada, que recairá sempre sobre a lide (pedido, mérito, objeto litigioso). (WAMBIER, 2007, p. 108)

A petição inicial pode ser analisada sob o ponto de vista formal e substancial. Enquanto parte dos elementos da petição inicial relaciona-se a aspectos formais ou processuais,³ a petição inicial em sentido

A petição inicial, deste modo, é o instrumento por meio do qual o jurisdicionado provoca a jurisdição (CPC, art. 262). A petição inicial, ainda, delimita o âmbito e a natureza da atividade jurisdicional a ser desenvolvida (princípio da congruência, ou da correlação entre pedido e sentença; CPC, arts. 128 e 460, *caput*). Há diversas situações, no entanto, em que não fica o juiz adstrito ao pedido realizado pelo autor. Além das examinadas no decorrer deste item, podem-se citar, ainda, as seguintes: a) a hipótese do art. 461, § 5º, do CPC que autoriza o magistrado a determinar a realização de medidas judiciais não pleiteadas pelo autor (cf. STJ – 5ª T. – REsp 235.325-SP – rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – j. 23.05.2000 – DJ 26.06.2000, p. 187), o mesmo se podendo dizer do art. 461-A do CPC; b) o caso do art. 130 da Lei 8.069/1990 (ECA), que autoriza a determinação de medidas cautelares *ex officio* pelo juiz; c) o “pedido implícito” (cf. art. 293 do CPC); d) o “pedido impróprio” (por exemplo, pedido de condenação ao pagamento da verba honorária, que, de acordo com o art. 20 do CPC, deve ser fixada *ex officio* pelo juiz; nesse sentido: STJ – 2ª T. – REsp 15658-RJ – rel. Min. Adhemar Maciel – j. 25.08.1997 – DJ 22.09.1997, p. 46.395).

² Nesse sentido, Eduardo J. Couture (1988, p. 292-293): “Existe un paralelismo curioso entre estas exigencias formales de la sentencia y las exigencias formales de la demanda. Frente a las exigencias de nuestras leyes, viene a ser una verdad la afirmación de que la demanda es, en cierto modo, el proyecto de sentencia que quisiera el actor (Sperl, Il processo nel sistema del diritto, *Studi in onore di Chiovenda*, p. 819) o, desde otro punto de vista, la respuesta homóloga del Estado a la demanda (Menestrina, *La pregiudiziale nel processo civile*, p. 106)”; “Pedido é o conteúdo da demanda, a pretensão processual, o objeto litigioso do processo, o mérito da causa”, diz Lionel Zaclis (2002, p. 412).

³ A petição inicial deve ser apresentada por escrito [“requisito externo” da petição inicial, cf. SANTOS

substancial (ou libelo) diz respeito à definição daquilo que deverá ser apreciado pelo juiz, isto é, aos elementos que identificam a lide ou o objeto litigioso. (SCHWAB, 1968, p. 241; JAUERNIG, 2002, p. 203; ALVIM NETTO, 2003, p. 207)

A determinação do pedido gera efeitos de toda sorte, ao longo do processo.⁴ Pre-

(1999, p. 132)] e em vernáculo (cf. art. 156 do CPC). Mesmo em alguns procedimentos especiais em que se admite a apresentação de *pedido oral*, este posteriormente deverá ser reduzido a escrito (cf., por exemplo, Lei 9.099/1995, art. 14, *caput* e § 3º). Integram a petição inicial em sentido formal, ainda, a indicação do juízo ao qual é dirigida a petição inicial, o valor da causa, a indicação de provas e o requerimento de citação do réu. A petição inicial não é dirigida à pessoa física do juiz (*agente*), mas ao juízo (*órgão jurisdicional*). A pessoa do juiz tem relevância, no entanto, quando se põe em dúvida a sua imparcialidade (cf. CPC, arts. 134 ss., que tratam do impedimento e da suspeição). O valor da causa, definido em atenção ao disposto nos arts. 258 e 259 do CPC, tem importância para: a) determinação do procedimento a ser empregado (ordinário ou sumário; cf. art. 275, inc. I, do CPC); b) definição dos honorários advocatícios, em alguns casos (cf. art. 20, § 4º, do CPC); c) indicação do juízo competente, de acordo com as normas de organização judiciária (cf. art. 91 do CPC). Quanto à possibilidade de controle do juiz, a respeito, há que se distinguir: a) se na petição inicial não há indicação do valor da causa, hipótese em que deve o juiz determinar a sua emenda (cf. art. 284 do CPC); b) se o valor indicado na petição inicial tem critério previsto em lei (cf. art. 259 do CPC), deve o juiz determinar sua correção *ex officio*; c) se o valor indicado não depende de critério legal, mas de estimativa do autor (cf. art. 258 do CPC), a eventual correção depende de provocação do réu (cf. art. 261 do CPC) (MOREIRA, 2000, p. 18-; ALVIM NETTO, 2003, p. 237-; DINAMARCO, 2001, p. 376). A norma jurídica exige indicação dos *meios de prova*, e não a exposição minuciosa de cada prova que se pretende produzir. Não se pode exigir do autor, contudo, a indicação minuciosa dos meios de prova, pois o objeto da prova será o fato *controvertido*, o que somente poderá se definir após a resposta do réu (por exemplo, pode se fazer necessária a prova pericial em decorrência de ponto questionado pelo réu, antes inexistente). Em decorrência do princípio dispositivo, ninguém é obrigado a litigar contra quem não deseje (NERY JUNIOR; NERY, 2003, p. 672). Desse modo, ao requerer a citação do réu, o autor demonstra seu intuito de contra ele litigar (PASSOS, 1998, p. 163).

⁴ Na contestação, o réu não faz pedido, tecnicamente, mas *impugna* o pedido (cf. CPC, art. 300), salvo no caso das ações dúplices (cf., por exemplo, CPC, art. 278, § 1º); não sendo este o caso, poderá o réu ajuizar ação mediante reconvenção (cf. CPC, arts. 315 ss.).

dominam, no direito brasileiro, os princípios da inércia da jurisdição e o princípio dispositivo (CPC, art. 2º).⁵ Nesse contexto, o pedido assume papel bastante relevante, pois define a *modalidade* e a *extensão* da atividade jurisdicional a ser desenvolvida (art. 460).⁶ Assim, é a partir do pedido que se deverá verificar se se trata de ação de execução, de conhecimento ou cautelar, bem como, dentro dessas categorias, que espécie de tutela jurisdicional é pretendida. O juiz, como regra, não pode fugir da definição feita e das providências pleiteadas pelo autor. Trata-se, no entanto, de situação que vem encontrando número cada vez maior de exceções, no direito brasileiro (por exemplo, art. 461, § 5º, do CPC).⁷

⁵ Parte da doutrina distingue o princípio da demanda, que subordina a atuação jurisdicional à provocação da parte, do princípio da correlação entre pedido e sentença. Afirma-se, no entanto, que este princípio decorre daquele. (PISANI, 1999, p. 204; JAUERNIG, 2002, p. 132-133).

⁶ Cf. FAZZALLARI, 1995, p. 45. O pedido é relevante ainda, por exemplo, para se determinar se a ação de conhecimento tramitará pelo procedimento comum (ordinário ou sumário) ou especial. Enquanto o procedimento sumário caracteriza-se pela concentração dos atos processuais e pela maior ênfase à oralidade, no procedimento ordinário os prazos são mais amplos, as fases são menos concentradas e a oralidade é menos intensa. Sendo, portanto, em regra, exauriente e completa a cognição realizada no procedimento ordinário, este, por isso, é normalmente mais vagaroso que o procedimento sumário. Esta demora pode ser contornada pela antecipação dos efeitos da tutela, desde que presentes seus requisitos legais (cf. CPC, art. 273). A possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela com base em cognição sumária, assim, atenua a ideia que norteia o procedimento ordinário, pois pretere a segurança em favor da celeridade. A expressão cognição ordinária liga-se à ideia de cognição plena e exauriente, e ocorre tanto no procedimento ordinário quanto no sumário, porquanto neste ocorre apenas abreviação do *iter* procedimental, e não do grau de cognição do juiz. Para este último fenômeno (cognição superficial), reserva a doutrina o termo cognição sumária (WATANABE, 2000, p. 125). Por outro lado, no curso do procedimento ordinário podem ocorrer atos judiciais de cognição sumária, como no caso da decisão que antecipa efeitos da tutela, a que se referiu acima (cf. CPC, art. 273).

⁷ Já se mencionou que vigora, no direito brasileiro, o princípio da correlação entre o pedido e a sentença (também chamado de princípio da congruência,

Mas, de acordo com o direito em vigor, somente incidirá autoridade de coisa julgada sobre o que tiver sido *objeto de pedido* (art. 469 do CPC), e que, portanto, deverá ser *objeto de decisão*, razão pela qual a questão prejudicial não é atingida pela coisa julgada (daí a necessidade de se intentar ação declaratória incidental, se se deseja que também sobre a questão prejudicial pese autoridade de coisa julgada, art. 470 do CPC). E, isso ocorrendo, pode-se dizer que a questão prejudicial configurará uma causa prejudicial, ganhando, com isso, a autonomia necessária para que sobre esta última pese a autoridade de coisa julgada.

Segundo o direito projetado, essa limitação deixa de existir, passando o réu a poder influir nos limites objetivos da autoridade da coisa julgada, independentemente do uso da ação declaratória incidental, que deixa de existir.

Não nos parece que essa extensão comprometa a segurança da decisão quanto à sua correção, já que só serão atingidas pela autoridade da coisa julgada *questões* (pontos sobre os quais não houve concordância entre autor e réu: no conceito de questões, está implícito que tenha havido *contraditório*) prejudiciais (aquelas de cuja decisão depende o teor da decisão a respeito do mérito, propriamente dito), que poderiam dar origem a outras ações, servindo como base para outro pedido. (ALVIM, 1977)

Assim, numa ação em que se cobrassem juros de determinado contrato e em que se viesse a discutir, também incidentalmente, sobre a validade de tal contrato, decidindo o juiz, afinal, que o contrato é válido e que os juros são devidos, produzir-se-ia coisa julgada também sobre a validade do contrato. Por isso, a validade do contrato, em

ou da adstrição entre pedido e sentença). Significa este princípio que o órgão jurisdicional não poderá apreciar *além* do pedido (sentença *ultra petita*), *aquém* do pedido (sentença *citra* ou *infra petita*) ou *fora* do pedido (sentença *extra petita*). Cf. CPC, arts. 128 e 460. O pedido identifica a espécie de tutela jurisdicional pretendida (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental, executiva).

si mesma, tornar-se-ia indiscutível e não poderia ser formulado outro pedido, em juízo, com base na afirmação de direito no sentido de que o contrato seria nulo.

Este é um bom exemplo da maximização do grau de eficiência de um processo, quanto a evitar o nascimento de processos outros, futuros. Com isso, haverá menos processos em curso, e mais eficiência, agora num outro sentido, do próprio Judiciário.

No plano dos recursos, e este é o objeto principal destas anotações, houve também um número considerável de modificações com esta finalidade. Claro, muitas delas, se analisadas isoladamente, podem levar a que se afirme, equivocadamente, que o Judiciário teria “muito mais trabalho”. Mas sob a ótica macro, esta sobrecarga, que, de fato, existe, compensa.

Exemplo expressivo de alterações do sistema que tiveram essa finalidade são as novas regras que dizem respeito aos *recursos especial e extraordinário*.

Veja-se o art. 983, § 2º, em que está dito, com toda a clareza possível, que defeitos formais não graves não devem impedir a apreciação do mérito do recurso. Devem ser desconsiderados ou corrigidos. O substitutivo alude a “recurso tempestivo”, para que não se tenha dúvida de que a tempestividade é requisito de admissibilidade que não se pode dispensar.⁸

⁸ Este dispositivo deve desestimular os adeptos da assim chamada jurisprudência “defensiva”. Como exemplo de jurisprudência defensiva, citamos os casos em que agravos em RE/RESP são inadmitidos em função de carimbos borrados, que, em tese, gerariam dúvida quanto à tempestividade do RE/RESP (STF - AI-AgR 612424/SC. Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE. Órgão Julgador: 1ª Turma. Julgamento: 26/06/2007. Fonte: DJE de 23/08/2007; STJ - EDAGA 201001528835/CE. Relator: MAURO CAMPBELL MARQUES. Órgão julgador: 2ª Turma. Julgamento em: 03/02/2011. Fonte: DJE de 14/02/2011); a Súmula 735 do STF, que dispõe não caber Recurso Extraordinário contra acórdão que defere medida liminar; e as decisões que asseveram que o RE/RESP necessita ser reiterado para o seu conhecimento, se manejado antes do início da fluência do prazo recursal (STF - RE 78825/IN - Grã Bretanha (Inglaterra). Relator: ALDIR PASSARINHO. Órgão Julgador: 2ª Turma. Julgamento

Do mesmo modo, o art. 986 determina expressamente que as regras de competência que dizem respeito a todos os órgãos do Poder Judiciário se apliquem também ao STF e ao STJ. E que razões haveria para que assim não fosse?

Então, se o relator do recurso especial entender que a questão sobre a qual versa este recurso é constitucional, em vez de, pura e simplesmente, não apreciar o mérito do recurso, deve *remetê-lo ao STF*. Antes disso, deve dar à parte recorrente o prazo de 15 dias para que seja demonstrada explicitamente a repercussão geral.

Não há por que o inverso não deva acontecer: também se o relator do recurso extraordinário, no STF, entender que a questão tratada no recurso é de natureza infraconstitucional, deve remeter este recurso ao STJ.

A última palavra a respeito da natureza da matéria do recurso é, como é natural, do STF.

O que acaba ocorrendo, como consequência das regras hoje em vigor, é que decisões flagrantemente inconstitucionais ou ilegais transitam em julgado. Até porque, como se sabe, há questões que são, simultaneamente, constitucionais e legais. Há matérias que comportam análise sob a ótica constitucional e sob a perspectiva da lei infraconstitucional. Em muitas ocasiões, a distinção entre ofensa direta e reflexa à Constituição Federal é tarefa bastante difícil, se não impossível.⁹

em: 26/11/1982. Fonte: DJ de 22/04/1983, PP-05000; STJ - AGRESP 200400461457/SC. Relator: CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP). Órgão julgador: 6ª TURMA. Julgamento em: 14/09/2010. Fonte: DJE de 04/10/2010).

⁹ A respeito do tema, ver elucidativo artigo de Fábio José Moreira dos Santos (2002, p. 185-197), que observa que “(...) é preciso que fiquem certos os termos (contraconceitos) da orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre o cabimento do recurso extraordinário, mesmo porque, vez por outra, um julgado desta Corte a ela expressamente se refere, como ocorre no voto do Ministro Celso de Mello no Agravo de Instrumento 125.934-SP (AgRg): ‘Todos sabemos que a orientação jurisprudencial desta Corte

Não é incomum que num mesmo processo se interponham dois recursos, porque, de fato, a questão central pode ser analisada sob ambos os pontos de vista, e que nenhum dos dois Tribunais Superiores entenda caber-lhe a competência; por outro lado, o que talvez seja ainda pior, casos há que *ambos* os Tribunais decidem a mesma questão e (pasmem!) em sentidos diversos.¹⁰

sobre o tema tem sido, invariavelmente, no sentido de que a ofensa oblíqua da Constituição, inferida de prévia vulneração de lei, não oferece trânsito ao recurso extraordinário (RTJ 94/462, 103/188, 104/191 e 105/704).” (p. 188).

¹⁰ Exemplo recente dessa divergência de entendimentos entre os Tribunais Superiores é o da incidência de contribuição previdenciária sobre vale-transporte pago em dinheiro aos funcionários. A esse respeito, o STF entendia que “(...) a cobrança de contribuição previdenciária sobre o valor pago, em dinheiro, a título de vales-transporte, pelo recorrente aos seus empregados afronta a Constituição, sim, em sua totalidade normativa.” (RE 478410-SP, rel. Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Julgamento: 10/03/2010. Publicação: DJe de 14/05/2010), enquanto o STJ decidia no seguinte sentido: “(...) o pagamento do vale-transporte em dinheiro, inobservando-se a legislação pertinente, possibilita a incidência de contribuição previdenciária. (...)” (REsp 508.583-PR. Rel. Min. Eliana Calmon. Órgão Julgador: 2ª Turma. Julgamento: 16/08/2005). Recentemente, o STJ reviu o seu posicionamento e o igualou ao do STF, conforme a ementa: “TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. VALE-TRANSPORTE. PAGAMENTO EM PECÚNIA. NÃO-INCIDÊNCIA. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. REVISÃO. NECESSIDADE. 1. O Supremo Tribunal Federal, na assentada de 10.03.2003, em caso análogo (RE 478.410/SP, Rel. Min. Eros Grau), concluiu que é inconstitucional a incidência da contribuição previdenciária sobre o vale-transporte pago em pecúnia, já que, qualquer que seja a forma de pagamento, apresenta o benefício natureza indenizatória. Informativo 578 do Supremo Tribunal Federal. 2. Assim, deve ser revista a orientação desta Corte que reconhecia a incidência da contribuição previdenciária na hipótese de o benefício ser pago em pecúnia, já que o art. 5º do Decreto 95.247/87 expressamente proibira o empregador de efetuar o pagamento em dinheiro. 3. Embargos de divergência providos.” (EResp 816829-RJ. Rel. Min. CASTRO MEIRA. Órgão Julgador: PRIMEIRA SEÇÃO. Julgamento: 14/03/2011. Publicação: DJe de 25/03/2011.). Mais antigo, porém não menos interessante, é o caso da incidência do ISS sobre operações de arrendamento mercantil (*leasing*), em que percebe-se a rápida mudança na jurisprudência do STJ, que, num primeiro momento, no início da década

Outra série de alterações que representa relevante passo adiante, sob o ângulo da necessidade de que o processo tenha o adequado rendimento, no sentido de que *resolva* efetiva e *inteiramente* o conflito subjacente à demanda, satisfazendo realmente o litigante que demonstrou ter direito, diz respeito ao âmbito da devolutividade dos recursos extraordinário e especial.

Frequentemente ocorre que pedidos sejam formulados perante o Judiciário lastreados em mais de uma causa de pedir. Do mesmo modo, comumente a defesa se baseia em mais de um fundamento.

A causa de pedir é um dos elementos individualizadores da ação ou da deman-

de 1990, não admitia a incidência do tributo sobre os contratos de *leasing*; para logo em seguida, em meados da mesma década, passar a admiti-lo apenas após a LC 56/87, vindo, inclusive, a sumular a matéria (Súmula 138). Contudo, posteriormente, no início da década de 2000, passou a considerar a matéria substancialmente constitucional e a declarar-se incompetente para seu julgamento, remetendo-a ao STF (REsp 2646/SP. Relator(a): MIN. PEÇANHA MARTINS. Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA. Julgamento: 17/04/1991. Publicação/Fonte: DJ 03/02/1992 p. 450; EREsp 5438/SP. Relator(a): Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS. Órgão Julgador: S1 - PRIMEIRA SEÇÃO. Julgamento: 25/04/1995. Publicação/Fonte: DJ 14/08/1995 p. 23971; REsp 37578/RS. Relator(a): Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO. Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA. Julgamento: 12/09/1996. Publicação/Fonte: DJ 07/10/1996 p. 37624; REsp 220635/RS. Relator(a): Ministro MILTON LUIZ PEREIRA. Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA. Julgamento: 16/05/2000. Publicação/Fonte: DJ 07/08/2000 p. 98; STJ - REsp 162741/SP. Relator(a): Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS. Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA. Julgamento: 01/03/2001. Publicação/Fonte: DJ 23/04/2001 p. 126; REsp 797948/SC. Relator(a): Ministro JOSÉ DELGADO. Relator(a) p/ Acórdão: Ministro LUIZ FUX. Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA. Julgamento: 07/12/2006. Publicação/Fonte: DJ 01/03/2007 p. 240; AgRg no REsp 912388/SC. Relator(a): Ministro JOSÉ DELGADO. Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA. Julgamento: 08/05/2007. Publicação/Fonte: DJ 31/05/2007 p. 403; REsp 914421/RS. Relator(a): Ministra ELIANA CALMON. Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA. Julgamento: 09/02/2010. Publicação/Fonte: DJe 24/02/2010; AgRg no REsp 1102016/RS. Relator(a): Ministro CASTRO MEIRA. Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA. Julgamento: 26/10/2010. Publicação/Fonte: DJe 10/11/2010).

da. *Grosso modo*, pode-se dizer que a causa de pedir é a razão em virtude da qual se formula um pedido (se propõe uma ação) perante o Poder Judiciário.

A expressão *causa*, na hipótese, deve ser entendida como *causa eficiente*, i. é, a que nos leva a fazer ou a realizar algo.

Parece que, de fato, se pode enxergar certa dose significativa de simetria entre conceitos de *causa de pedir* e *fundamentos da defesa*, o que determina que, pelo menos em grande parte, o tratamento jurídico que se lhes deva imprimir seja o mesmo.¹¹

Causa de pedir é toda aquela *ratio* que, por si só, pode levar à procedência da demanda; assim como fundamento da defesa é a *ratio* que, por si só, pode levar à improcedência do pedido, ou à extinção do processo sem julgamento do mérito.

Assim é que, nesta medida, o dever de o Judiciário examinar integralmente ambas as categorias – causas de pedir e razões de defesa – é idêntico, como se verá com mais vagar adiante.

Segundo o ordenamento jurídico em vigor, acolhida uma causa de pedir, o juiz fica dispensado de analisar as demais. Julga procedente a demanda e o recurso que seja eventualmente interposto pelo réu e devolve ao Tribunal as demais causas de pedir (art. 515, §§ 1º e 2º). Isso cria a possibilidade de que o Tribunal mantenha a procedência do pedido, com base em outra causa de pe-

¹¹ Nesse sentido: “Tomada nesse sentido, da exceção é lícito afirmar que configura um direito análogo e correlato à ação, mais parecendo um particular aspecto desta: aspecto esse que resulta exatamente da diversa posição que assumem no processo os sujeitos da relação processual. Tanto o direito de ação como o de defesa compreendem uma série de poderes, faculdades e ônus, que visam à preparação da prestação jurisdicional” (GRINOVER; DINAMARCO; CINTRA, 1994, p. 273). Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini (2004, p. 358-359) afirmam que o direito de defesa “é o contraposto do direito de ação. Ao réu é assegurado o direito de pleitear um provimento jurisdicional que indefira a pretensão do autor. Assim, tanto o direito de ação quando o direito de defesa, até certo ponto e em certa medida, têm a mesma natureza, pois ambos representam o direito à tutela jurisdicional”.

dir. Ou acolha a apelação do réu, julgando improcedente a demanda, lastreado num dos fundamentos da defesa.

Este esquema permanece assim no substitutivo. Já tivemos oportunidade de sustentar que o Tribunal de segundo grau tem dever de dimensões diferenciadas em relação ao juiz de primeira instância, no que tange à tarefa de motivar a decisão de mérito. Essa constatação decorre de que os recursos cabíveis das decisões de primeiro grau têm, no direito em vigor, devolutividade mais ampla que os recursos que cabem de acórdãos dos tribunais de segundo grau. (WAMBIER, T., 2005, p. 390-)

Portanto, é o próprio sistema que impõe uma abrangência maior ao dever de fundamentar acórdãos: já que os recursos excepcionais não contam com o efeito devolutivo em sua dimensão vertical, o acórdão há de ser fundamentado de outra forma, mais ampla, pois o Tribunal Superior, de regra, só examina o *acórdão recorrido* e o *recurso*, para decidir.

Evidentemente, essa necessidade não existiria se os tribunais superiores admitissem certa dose de verticalidade no efeito devolutivo do recurso especial e no recurso extraordinário. Foi exatamente por esta solução que se optou no projeto, que foi mantida pelo substitutivo.

Vamos a um exemplo: imagine-se que A impetire mandado de segurança contra o Fisco, afirmando, não poder ser cobrado por certo tributo, por ter havido prescrição e também por ser ilegal alíquota aplicada. Na sentença, o juiz acolhe a prescrição. O mesmo se faz no acórdão que julga o recurso interposto pelo Fisco. O Fisco maneja, então, recurso especial, e neste recurso se decide não ter havido prescrição. Então, é claro, deve haver pagamento. Mas e a questão (= outra causa de pedir) da ilegalidade da alíquota? Esta fica sem solução?

Poderiam, alguns, dizer que, não tendo sido, aquela causa de pedir, examinada, a ação poderia ser reproposta. Outros, diriam que os autos deveriam retornar à segunda

instância, para que houvesse decisão a respeito da outra causa de pedir.¹²

O que o projeto permite, expressamente assim como substitutivo (ou melhor, de-

¹² Nesse sentido, citamos como exemplo dois acórdãos já comentados por esta autora em outra oportunidade (Omissão Judicial e embargos de declaração, São Paulo: RT, 2005, p. 393-398): “DUAS MATÉRIAS DE DEFESA. ACATAMENTO PELA SENTENÇA DA PRIMEIRA, JULGANDO IMPROCEDENTE O PEDIDO. AFASTAMENTO PELO TRIBUNAL PARA DAR PELA PROCEDÊNCIA. NECESSIDADE DE SE EXAMINAR A SEGUNDA MATÉRIA. POR FORÇA DO ART. 515, §2º, CPC. OMISSÃO NÃO SANADA EM DECLARATÓRIOS. NULIDADE. RECURSO PROVIDO. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE (ART.257, ristj). PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO. I - HAVENDO DUAS MATÉRIAS NA DEFESA E TENDO O JUIZ ACATADO SOMENTE A PRIMEIRA, A APELAÇÃO INTERPOSTA TRANSFERE AO CONHECIMENTO DO TRIBUNAL DA APELAÇÃO O CONHECIMENTO DA OUTRA, QUE DEVERIA TER SIDO EXAMINADA APÓS ULTRAPASSADO A ANTERIORMENTE ATACADA. II - NULIDADE DO ACÓRDÃO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS, QUE SILENCIOU SOBRE SOBRE A QUESTÃO, EMBORA PROVOCADA A TURMA JULGADORA. III - EM APREÇO A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E APLICANDO O DIREITO À ESPÉCIE (RISTJ, ART. 257), ANULA-SE O PROCESSO A PARTIR DA SENTENÇA, INCLUSIVE, PARA ENSEJAR A INSTRUÇÃO DO FEITO NO PRIMEIRO GRAU E REGULAR PROSEGUIMENTO APÓS, SEM PREJUÍZO DO EXAME, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, DE TODOS OS ASPECTOS DA CAUSA, INCLUSIVE O CONCERNENTE A PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO.” (STJ - Resp. 95966-DF - 1996/0031486-1 - rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - j. 11.11.1996); “DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. OMISSÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM VIOLAÇÃO AO ART. 535, I E II, DO CPC - OCORRÊNCIA - RETORNO DOS AUTOS À INSTÂNCIA A QUO. 1. Ofende o art. 535, II, do CPC o acórdão proferido em sede de embargos de declaração que não enfrenta questão ventilada nas razões de apelação e que não foi objeto de discussão na formação do aresto recorrido. 2. A ausência de manifestação pela instância *a quo* quanto às impugnações ao laudo pericial, que embasou a fixação da indenização pelo desapossamento de área de preservação ambiental situada na Serra do Mar, impõe a nulidade do acórdão recorrido, máxime, porque essa análise é vedada em sede de Recurso Especial (Súmula 07/STJ) subtraindo da parte a última oportunidade de atacar essa prova, elemento de convicção nas ações expropriatórias, com violação ao *due process of law*.” (STJ - Resp 440.157-SP - 2002-0072216-7 - rel. Min. Luiz Fux - j. 07.10.2003).

termina), é que o próprio *Tribunal Superior decida as demais causas de pedir*. Assim como permite expressamente que se analise eventual *outro fundamento de defesa*. Portanto, se o réu alega pagamento e prescrição, em ação em que lhe é cobrada determinada quantia, e o juiz acolhe o pagamento, julgando improcedente ação, e o Tribunal confirma integralmente esta sentença, segundo o projeto, o Tribunal Superior pode, afastado o pagamento, conhecer da prescrição¹³.

A importância desta solução está em que aquele que tem interesse em que a outra causa de pedir seja analisada pelo Tribunal Superior (ou o outro fundamento da defesa) *não pode recorrer* do acórdão de segundo grau, porque não sucumbiu. Resta-lhe alegar a matéria nas contrarrazões. Mas aí poder-se-ia objetar no sentido de que o Tribunal não poderia conhecer, porque não teria havido questionamento etc.

Por isso é que se engendrou a criativa e malabarística solução do recurso “adesivo condicional”: se, mercê do recurso do Fisco, a prescrição for afastada (ela favorece o contribuinte, então que não pode recorrer imediatamente, porque lhe falta interesse recursal), mas se for..., então o contribuinte precisa que seja analisada a questão da (i) legalidade da alíquota. Então, aquele que venceu a demanda entraria com recurso

¹³ É importante salientar que, no entender de Nelson Nery Jr., já na sistemática atual é possível que os Tribunais Superiores decidam as demais causas de pedir, conforme atesta a própria Súmula 456 do STF (“O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie”). Segundo o referido autor, esse entendimento também é aplicável ao recurso especial e “aplicar o direito à espécie é exatamente julgar a causa, examinando amplamente todas as questões suscitadas e discutidas nos autos, inclusive as de ordem pública que não tiverem sido examinadas pelas instâncias ordinárias”. Esclarece, ainda, que, “(...) removido o óbice constitucional da *causa decidida* (CF 102 III e 105 III), o que só se exige para o *juízo de cassação* dos RE e REsp, o STF e o STJ ficam livres para amplamente *rever a causa*” (grifos no original) e que, apesar de o reexame de provas não ser viável no *juízo de cassação* dos RE e REsp, é recorrente no *juízo de revisão*. (NERY JUNIOR, 2004, p. 442)

para o caso de o Tribunal acolher o do sucumbente, já apresentado. Só neste caso seria o recurso adesivo condicional apreciado. Claro que com isto o problema da ausência de prequestionamento permanece sem solução, mas deve ser relevado.

Mas por que tornar tão complexo o sistema recursal? Qual a vantagem de um sistema tão complexo, se não a de achar os problemas? A complexidade diminui a possibilidade de acesso às instâncias superiores, mas o critério de seleção dos recursos que serão analisados no mérito é ilegítimo. A seleção dos recursos, que devem ser julgados pelas instâncias superiores, deve ser feita, evidentemente, pelo menos *predominantemente*, à luz do critério relevância da matéria, grau de ofensa ao direito objetivo. Neste sentido e por estas razões é que pensamos dever ser visto com bons olhos o instituto da repercussão geral.

O projeto abertamente procurou desmanchar as “armadilhas” do sistema recursal brasileiro. Esta é uma delas: a do “recurso adesivo condicional”. Basta que se lembre do antes mencionado art. 983, § 2º, que desencoraja a jurisprudência defensiva, pois lá se diz que motivos de inadmissibilidade *desprovidos de maior gravidade* devem ser desconsiderados ou, se for o caso, corrigidos: o mérito do recurso deve ser analisado!

Porque se imaginou que a permissão expressa (*rectius* – determinação) no sentido de que o STJ ou o STF julgue a outra causa de pedir ou a outro fundamento da defesa poderia não ser suficiente para resolver todos os problemas, criou-se também a regra (art. 998, § 2º, 1ª parte) no sentido de que, havendo a necessidade de apreciação de fatos, para que se decida a outra causa de pedir ou o outro fundamento da defesa, remetem-se os autos ao segundo grau, para que haja esta análise e, em seguida, haja a decisão no Tribunal Superior. E mais: se provas forem necessárias, podem-se remeter os autos ao primeiro grau (art. 998, § 2º, 2ª parte).

Pode surgir a necessidade de que se remetam os autos a outro Tribunal, por razões de competência. Vamos a um exemplo: imagine-se que A entre em juízo contra o Fisco, afirmando não dever certo tributo, uma vez que a norma que o institui é inconstitucional. Ademais, diz A, a alíquota aplicada é ilegal. Julgada procedente a ação em primeiro e em segundo grau pela inconstitucionalidade, fica o autor impedido de recorrer. Não terá havido, todavia, até o presente momento, apreciação do Judiciário a respeito da (i)legalidade da alíquota. Interposto o recurso especial, decide o STF pela inconstitucionalidade do tributo. Isso não significa, em absoluto, um “então pague”. A questão da alíquota deve ser resolvida. Mas não pelo STF, pois este Tribunal não tem competência para isso. Os autos devem ser, de ofício, remetidos ao STJ (art. 998, § 1º).

Com o regime criado pelo projeto, sucintamente descrito acima, pretende-se justamente que aquele processo em que foram cumuladas ações (= causas de pedir) ou em que a defesa tinha vários fundamentos resolva *de vez e amplamente* a controvérsia subjacente àquela ação. *Sem entraves, surpresas ou armadilhas. Certamente não são essas as armas corretas contra o excesso de processos ou de recursos.* São expedientes pontuais, paliativos, e todos, a bem da verdade, com certo ranço de inconstitucionalidade.

Outra preocupação que esteve presente durante os trabalhos da comissão, nomeada pelo Senado, para se ocupar deste projeto de lei para um novo CPC foi a de criar condições para que a *jurisprudência* seja mais *uniforme* e, conseqüentemente, tenha mais *força e autoridade, cultural e socialmente reconhecida*.¹⁴

¹⁴ Na sistemática processual vigente, já se identificam esforços nesse sentido de valorizar a jurisprudência e buscar a observância aos precedentes jurisprudenciais, como, por exemplo, os incidentes de uniformização de jurisprudência previstos nos arts. 476 e 555, §1º, do CPC, o julgamento por amostragem dos recursos especiais repetitivos, previsto no art. 543-C do CPC, e, em especial, a súmula vinculante,

Somos um país de *civil law*. Portanto, salvo se houver alterações na Constituição Federal, decisões judiciais não têm força rigorosamente vinculante, não importa de que tribunais sejam. Entretanto, se, de um lado, realmente decisões judiciais não determinam o modo como os demais juízes devam decidir, de outro lado, é natural que a jurisprudência dos Tribunais Superiores deva orientar as dos demais tribunais do país e as de juízos de primeiro grau. Não se trata propriamente de vinculação, mas não se pode ignorar que a *função* do STF, julgando recursos extraordinários, é *dizer o que a Constituição Federal diz*; e a *função* do STJ, ao julgar recursos especiais, é dar a *interpretação “oficial” da lei federal*, que deve prevalecer.

Assim, e por isso, resolvemos “incentivar” por meio de muitos dispositivos, que se *prestige* a jurisprudência dos Tribunais Superiores. Exemplo desse dispositivo que consagra essa intenção é o art. 995 e seu parágrafo único. Caso haja tese firmada, em julgamento de recurso representativo da controvérsia, contrária a pleito feito valer por meio de ação que ainda esteja no 1º grau de jurisdição, a parte poderá desistir da ação, ficando isenta do pagamento de custas e honorários de sucumbência se a desistência ocorrer antes do oferecimento da contestação. Essa possibilidade evita que se chegue ao fim um processo, cujo resultado é previsível ou o perigo de que haja um processo concluído por decisão diferente da que veio a prevalecer.

As hipóteses de embargos de divergência foram bastante ampliadas, e no art. 997 deu-se ênfase ao requisito de cabimento deste recurso, que se liga à sua razão de ser: haver *divergência de entendimentos quanto a teses jurídicas*, DENTRO de um mesmo Tribunal Superior.¹⁵

criada pela EC 45/2004, que acrescentou o art. 103-C à CF/1988 (WAMBIER, T., 2010; WAMBIER, L.; WAMBIER, T.; MEDINA, 2003, p. 113-; 333-338; WAMBIER, T.; MEDEIROS, 2011).

¹⁵ Nesse sentido, Sérgio Senji Shimura esclarece que “os embargos de divergência têm a finalidade de uniformizar o entendimento do tribunal, quando há discrepância de posições entre as Turmas ou entre uma

Pouco importa, portanto, o “veículo”, assim como não interessa se as decisões, colocadas lado a lado, são relativas ao juízo de admissibilidade ou ao juízo de mérito do recurso: o que interessa é que em ambas tenham-se adotado entendimentos diferentes a respeito da mesma tese jurídica. Segundo esse dispositivo, podem-se contrastar decisões também caso uma delas tenha sido proferida em ação de competência originária e a outra, em julgamento de recurso.

Não é demais repetir que os embargos de divergência são recurso cujo objetivo é promover a uniformização da jurisprudência de Tribunais Superiores *interna corporis*. Assim, do projeto 166 que foi entregue ao Senado constou dispositivo em que se previa o cabimento deste recurso no STJ e no STF. No entanto, muito provavelmente por um lapso, no substitutivo que ora se encontra sob apreciação da Câmara, não há mais dispositivo prevendo o cabimento desse recurso no âmbito do STF. Em nosso entender, trata-se de um equívoco que deve necessariamente ser corrigido.

O sistema atual contém dispositivo que sofreu alterações nas últimas reformas pelas quais passou o CPC em vigor. No substitutivo, as normas que hoje estão no art. 557, dispositivo em que ainda se faz alusão ao vago critério da *jurisprudência dominante*, estão no art. 888. Neste dispositivo, cuida-se de fazer a distinção entre *negar seguimento* (art. 888, III) e *negar provimento* (art. 888, IV), distinguindo-se adequadamente o juízo de mérito dos recursos.

E o critério, capaz de gerar tantos problemas, consistente na *jurisprudência “dominante”* foi substituído por *súmula* (do STF, do STJ ou do próprio tribunal);

Turma e outro órgão colegiado (Seção, Órgão Especial ou Plenário). Sendo o objetivo principal dos embargos de divergência harmonizar o entendimento do próprio Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, pode-se asseverar, em linha de princípio, que não se aprecia, quanto à sua admissibilidade, o acerto ou desacerto da decisão proferida no âmbito do recurso especial ou extraordinário.” (SHIMURA, 1998, p. 416)

acórdão proferido pelo STJ e pelo STF em julgamento de *recursos repetitivos* ou em *assunção de competência*.¹⁶

O art. 888 se encontra inserido no capítulo que diz respeito à ordem dos processos no Tribunal.

Esta circunstância indica com veemência tratar-se de dispositivo que se aplica a qualquer recurso. A observação tem sentido, já que a versão originária do art. 557 dizia respeito exclusivamente ao recurso de agravo. Ao mesmo tempo, os dispositivos antes mencionados privilegiam a celeridade processual e, na medida em que há jurisprudência sumulada (ainda que de súmula vinculante não se trate), podem efetivamente desestimular o ato de recorrer. Com isso, pretendemos significar que a inexorabilidade da permanência da decisão daquele teor, apesar da interposição do recurso, tende a desestimular seu uso.

Em consonância com tendência predominante, passa a ser a regra a de que os recursos não impeçam a eficácia da decisão impugnada.

O efeito suspensivo da eficácia da decisão poderá, não importando de que recurso se trate, ser pleiteado perante o relator (art. 949, § 1º), caso seja demonstrada probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, haja risco de dano.

Criou-se regra especial para apelação: no caso deste recurso, o mero protocolo da petição por meio da qual se pleiteia o efeito suspensivo tem o condão de evitar a

¹⁶ Já oportunamente destacava Priscila Key Sato que “a expressão ‘jurisprudência dominante’ pode ser considerada conceito vago porque não é possível definir com precisão o seu conteúdo. O termo ‘jurisprudência’ é por si só polissêmico (...). O termo ‘dominante’ não é especificamente jurídico. (...) O que se verifica é que jurisprudência dominante é aquela que já poderia estar sumulada. A grande vantagem da súmula é que não é necessário que seja feita referência a outros julgados no mesmo sentido (art. 102, §2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). E quando quer se mostrar ‘jurisprudência dominante’, o que deve ser feito é exatamente a indicação de outros julgados no mesmo sentido.” (SATO, 2000, p. 569-570; 582)

eficácia da decisão de que se recorreu, até que o relator decida a respeito.

Quis-se, com essa regra, evitar que efeitos irreversíveis no plano dos fatos possam ter lugar e levem à ineficácia de um futuro e provável provimento da apelação.

Extinguiu-se o agravo retido, e, correlatamente, alterou-se o regime de preclusões¹⁷ no primeiro grau de jurisdição. Trata-se de recurso cuja principal função é de obstar a preclusão e que, embora tenha prazo para ser interposto, só é julgado como preliminar de apelação, se e quando houver apelação a ser julgada. Portanto, de rigor, a alteração que houve beneficia a parte, não significando restrição de qualquer espécie ao direito de recorrer: no regime que consta do projeto, e que foi mantido pelo substitutivo, essas questões continuarão a ser decididas quando do julgamento da apelação. Ficou, na verdade, mais confortável a situação da parte, que não precisa recorrer. E tem hoje, como terá à luz do eventual novo Código, que esperar até o momento do julgamento da apelação para ver essas questões decididas pelo Tribunal.

Outra das alterações relevantes foi a extinção dos embargos infringentes, cujo contraponto foi o dever que se criou, para aquele que vota vencido, no sentido de *declarar* seu voto.

Além disso, prevê-se que este voto, que deve ser necessariamente declarado, seja considerado *parte do acórdão*, inclusive para fins de prequestionamento (art. 896, § 3º).

Os elementos que interessam ao recorrente, para lograr seja admitido o recurso especial e, em certos casos, até o extraordinário, às vezes estão justamente no voto vencido.

No sistema atual, como se sabe, mesmo que não haja unanimidade na votação quando do julgamento da apelação, nem sempre são interponíveis os embargos infringentes.

¹⁷ Sobre a relação entre agravo e o regime das preclusões, ver Teresa Arruda Alvim Wambier (2006, cap. 8).

Para que o acórdão que julga a apelação seja impugnável por embargos infringentes, é necessário que se tenha dado provimento ao recurso. Diz a lei: “quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito”.

Isso significa, assim, que, sendo o acórdão no mesmo sentido que a sentença, ainda que o julgamento da apelação não seja fruto de unanimidade, fica-se sem a possibilidade de embargar infringentemente. E não se tem como fazer constar do acórdão, por exemplo, eventual prequestionamento que conste do voto vencido ou, ainda, descrição dos fatos que permita que se perceba que, no acórdão, aplicou-se à situação fática, subjacente à demanda, dispositivo legal diferente daquele que foi aplicado.

Os embargos infringentes, mesmo quando não proporcionam ao recorrente a alteração da decisão impugnada, fazem com que o voto vencido, de certo modo, “apareça” na versão final do acórdão, ampliando a viabilidade da interposição e do provimento de recurso especial.

Este objetivo fica plenamente atendido com o dever, que o substitutivo prevê, no sentido de que se declare o voto vencido e com a regra de que este voto há de ser considerado parte do acórdão, inclusive para efeito de prequestionamento¹⁸.

Veja-se que, no sistema atual, nos casos em que a lei considera incabíveis os embargos infringentes, a parte fica privada do recurso, o que significa que (a) a decisão não pode ser alterada por esta via (b) nem mesmo constarão do acórdão elementos suficientes para que a parte possa obter a alteração da decisão pela via do recurso especial.

No regime proposto, em caso algum fica a parte privada do efeito descrito acima, sob (b).

Ademais, cedendo ao clamor geral da sociedade, e ao dos operadores do direito em geral, suprime-se um recurso. Com isso, espera-se tenha-se dado uma contribuição, ainda que diminuta, a que os processos sejam mais “curtos”, sem prejuízo da qualidade da prestação jurisdicional. Aliás, é imperioso salientar que a qualidade da prestação jurisdicional não depende necessariamente da quantidade de recursos cabíveis.

Chegamos, todavia, a sustentar que os embargos de declaração têm a função de fazer constar do acórdão tudo de que o recorrente precisa para poder interpor os recursos especial e extraordinário. Sustentamos também que o dever de o juiz motivar a decisão de primeiro grau não equivale, em termos de dimensões, ao dever de motivação de acórdãos. (WAMBIER, T., 2005, p. 260-261)

Segundo a opinião pessoal da subscritora deste artigo, haveria ainda mais alterações que poderiam ter sido feitas no sistema processual em vigor, sempre com o objetivo de simplificar os caminhos, evitando quer surpresas, quer becos sem saída.

Mas o projeto foi fruto de sessões em que imperou, sob a batuta serena e ponderada do Ministro Fux, o método democrático. Opiniões vencidas foram descartadas e constou do projeto o que a maioria aprovou.

Ainda assim, todavia, estamos plenamente convencidos de que o sistema recursal desenhado no Código projetado tem, sim, a potencialidade de tornar cada processo, em si mesmo considerado, mais eficiente e a Justiça como um todo mais ágil.

Referências

ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ALVIM, Thereza Celina Arruda. *As questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

¹⁸ Isso acabaria por suplantando a Súmula nº 320 STJ, que expressamente dispõe que “a questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento” e torna indispensável, nesses casos, a interposição de embargos declaratórios exclusivamente para fins de prequestionamento.

- ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ATTARDI, Aldo. *Diritto processuale civile*. Milano: Cedam, 1994. v. 1.
- CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- CONSOLO, Claudio. *Le tutele*. Bologna: Cisalpino, 1998. v. 1.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1988.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 3.
- FAZZALARI, Elio. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1995. v. 1.
- JAUERNIG, Othmar. *Diritto processual civil*. Trad. da 25. ed. alemã por F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002.
- LA CHINA, Sergio. *Diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1991.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. atual., ampl. e reformulada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 3.
- PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1999.
- SANTOS, Fábio José Moreira dos. A ofensa direta e frontal à constituição federal como pressuposto de cabimento do recurso extraordinário segundo a jurisprudência do STF. In: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda; NERY JÚNIOR, Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SATO, Priscila Key. Jurisprudência (pre)dominante. In: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda; NERY JÚNIOR, Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso em el proceso civil*. Trad. Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1968.
- SHIMURA, Sérgio Senji. Embargos de divergência. In: Wambier, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flavio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 1.
- _____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a nova Lei do agravo (Lei 11.187/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 717 p.
- _____. Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 893, p. 33-45, mar. 2010.
- _____. *Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- _____; MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição de. Recursos repetitivos: realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2º grau. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 191, p. 187-197, jan. 2011.
- _____; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2000.
- ZACLIS, Lionel. Cumulação eventual de pedidos e jurisprudência do STJ. *Causa de pedir e pedido no processo civil*. Coords. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

A constitucionalidade da arbitragem e sua disciplina no Anteprojeto de CPC

Thiago Luís Sombra

Sumário

1. O antepassado juízo arbitral, sua finalidade e seus entraves. 2. A Lei 9.307/96, o novo mecanismo de funcionamento da arbitragem e suas peculiaridades. 3. O voto do Ministro Sepúlveda Pertence e a constitucionalidade dos artigos 6º e 7º da Lei 9.307/96. 4. Os argumentos acerca da jurisdicionalidade e a constitucionalidade genérica da Lei 9.307/96 e a refutação dos argumentos contrários. 5. A disciplina da arbitragem no Anteprojeto de CPC.

1. O antepassado juízo arbitral, sua finalidade e seus entraves

A arbitragem é um instituto cuja ideia central de funcionamento – a *heterocomposição* dos conflitos de interesses – é demasiada antiga em nossa tradição jurídica. Precipua-mente, seu verdadeiro escopo é promover uma alternativa à resolução de conflitos altamente complexos e técnicos, que exijam a presença de profissionais especializados, quais sejam, os árbitros¹.

¹ Na explicação de Carlos Alberto Carmona (1996): “enganam-se aqueles que acreditam, ingenuamente, que a arbitragem serve sobretudo para descarregar o excesso de trabalho dos tribunais. Ledo engano! Faz-se mister perceber, antes de mais nada, que a arbitragem é um mecanismo sofisticado para a resolução de controvérsias de maior complexidade, que exijam a presença de técnico especializado. (...) Mais uma vez, enganou-se o legislador, pois não percebeu que a instituição do juízo arbitral é – para dizer o mínimo – pouco compatível com a própria idéia dos Juizados Especiais, eis que parece de todo inconveniente insti-

Thiago Luís Sombra é Procurador do Estado de São Paulo; Mestre em Direito Civil pela PUC-SP; Pós-Graduado em Direito Civil pela Università di Camerino; Professor da Escola da Magistratura e do Ministério Público do DF.

Em segundo plano, visa a atenuar o trânsito processual e, conseqüentemente, evitar a crescente carga de processos que ameaça inviabilizar o funcionamento dos tribunais. Ressalve-se, ainda, que a arbitragem faculta às partes escolherem a via mais adequada para dirimir seus conflitos, a saber, a via arbitral ou judicial.

Apenas com o intuito de melhor evidenciar a importância (WALD, 2000) deste mecanismo, basta demonstrar a constante busca por meios conciliatórios privados, fugindo-se, assim, do recurso aos tribunais, advinda da Constituição do Império de 1824², cujo artigo 160 dispõe: “nas causas cíveis e penais, civilmente intentadas, poderão as partes nomear juizes árbitros, cujas sentenças serão executadas sem recursos, se assim o convencionarem ambas as partes”. Neste sentido, o artigo 161 da Constituição do Império prescrevia: “sem se fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum”.

Conquanto meios conciliatórios, de natureza privada, tenham sido consagrados pela Constituição de 1824, o Código Civil brasileiro de 1916 representou um verdadeiro retrocesso para o direito processual, no que diz respeito a tal matéria. O antepassado mais próximo do atual mecanismo de arbitragem – o juízo arbitral – consagrou-se, no Código Civil de 1916, como letra morta.

Na exposição de motivos da Lei 9.307/96, o então Vice-Presidente da República, Marco Maciel, lembrou que o motivo pelo qual o juízo arbitral permaneceu como letra morta no Código Civil “não resultou da falta de tradição em sua aplicação, mas

tuir um juízo especializado para solucionar questões de pequena complexidade”. Assim, em face da parca complexidade dos conflitos existentes nos Juizados Especiais e alguns obstáculos impostos pela Lei 9.099/95, não se afigura recomendável sua utilização em tal procedimento.

² O juízo arbitral também era previsto no Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850, em seu artigo 411, bem como no Código Comercial, em seus artigos 245, 294, 348 e 739. Observe-se, ainda, o artigo 7º da Constituição de 1967.

da obrigatória subordinação da arbitragem à homologação judicial.”³

Ora, se as soluções dadas pelas partes, com o intuito de pôr fim ao conflito, carecessem regressar ao Judiciário para gozar de plena validade, “repetindo-se, assim, o circuito das prestações jurisdicionais típicas”⁴, sua finalidade precípua esvair-se-ia em face de sua ilógica tramitação. Pois bem, as partes possuíam duas possibilidades: 1) usar de seu direito subjetivo abstrato de ação e, desta forma, interromper a inércia da prestação jurisdicional ou 2) utilizar o juízo arbitral para extinguir a lide e, posteriormente, sujeitar a solução à homologação judicial (antigos artigos 1097 e 1098 do Código de Processo Civil e artigo 1045 do Código Civil de 1916), sob pena de invalidade da decisão proferida pelo juízo arbitral.

Com efeito, se a função do juízo arbitral era fulminar a lide de modo mais rápido e preciso, fora do âmbito judicial, os fatos demonstram que, na prática, tais efeitos não ocorreram. Acrescente-se, ainda, que a necessidade de homologação da decisão arbitral acabava com algumas de suas “vantagens” – tais como o sigilo –, uma vez que, instaurado o procedimento de oficialização, o conteúdo da decisão arbitral tornava-se público.

Outro entrave considerável que merece particular atenção é a cláusula compromissória. Esta cláusula é, em verdade, uma disposição inserida no contrato, por meio da qual as partes “se comprometem a, surgido um determinado litígio acerca daquela

³ Exposição de motivos da Lei 9.307/96. No mesmo sentido, ainda “vale analisar, pelo menos, dois problemas básicos criados pelo nosso atual sistema legal para que se perceba por que a arbitragem ainda é pouco utilizada, a saber, a falta de eficácia da cláusula compromissória e a necessidade de homologação do laudo arbitral” (CARMONA, 1993, p. 274). No mesmo sentido é a posição do Ministro Athos Gusmão Carneiro, na AJURIS 24/52. Observe bem que tais considerações foram realizadas anteriormente à Lei 9.307/96, ou seja, sob a égide do antigo juízo arbitral.

⁴ Exposição de motivos da Lei 9.307/96.

relação jurídica negocial, fazê-lo resolver através da arbitragem” (CARMONA, 1993, p. 274). As partes se comprometiam a submeter eventual litígio, neste contrato específico, a um julgamento arbitral. Pode ser equiparada, com as devidas particularidades, a uma promessa de contratar, um contrato preliminar. Ocorre que a cláusula compromissória não mereceu o devido tratamento tanto no Código Civil como no Código de Processo Civil⁵, embora o atual Anteprojeto de CPC tenha suprido as falhas, e a consequência é que:

“surgido o litígio relacionado com o negócio jurídico cujo contrato contenha uma cláusula compromissória, qualquer das partes pode recorrer ao Poder Judiciário, sem que o magistrado, ou a parte contrária, possa afastar a jurisdição estatal. Assim, descumprida a promessa de instituir o juízo arbitral, resta à parte lesada a via do ressarcimento.” (CARMONA, 1999, p. 274)⁶

⁵ “A tradição brasileira firmou-se na rígida distinção conceitual entre compromisso e cláusula compromissória, com as consequências práticas daí decorrentes. Assim, a cláusula compromissória, contida no contrato original entre as partes, prevendo a submissão de qualquer litígio à arbitragem, não configurava garantia da instauração do juízo arbitral. Somente o compromisso obrigava à realização efetiva da arbitragem, eis que pressupunha uma nova manifestação de vontade das partes, após o surgimento do litígio” (TIBURCIO, 1999, p. 177). No sistema anterior, antes da Lei 9.307/96, o descumprimento da cláusula compromissória, isto é, a resistência da parte em se submeter à arbitragem, descumprindo a promessa de contratar, gerava tão somente os efeitos do inadimplemento contratual, a saber, perdas e danos. A referida cláusula não gozava do condão de instituir a arbitragem de *per se*. Dessa forma, a dificuldade em obrigar o recalcitrante a aceitar a arbitragem fazia com que preferissem aguardar a decisão judicial.

⁶ Mais à frente se verá que a Lei 9.307/96 modificou o tratamento da cláusula compromissória. Concedeu-a execução específica, motivo este que fez com que o Ministro Sepúlveda Pertence arguisse, *incidenter tantum*, sua inconstitucionalidade. Atente-se para a concepção de Carmona, no artigo citado, acerca da cláusula compromissória, em 1993, três anos antes da aprovação da Lei: “ao disciplinar a convenção arbitral, o projeto prevê que a presença da cláusula ou

O compromisso arbitral, por seu turno, era uma espécie de pacto em que as partes convencionavam que a possível lide existente seria submetida à decisão dos árbitros e cada parte sujeitar-se-ia a esta decisão. O compromisso arbitral gozava, pois, do atributo da execução específica.

Ao que tudo indica, portanto, e os argumentos *apagógico* e *teleológico*⁷ reforçam o entendimento, o legislador, com a consagração do instituto do juízo arbitral, pretendia uma maior celeridade e autonomia para que as partes pudessem eleger a forma com que desejariam dissolver seus conflitos de interesses. Por suposto, o efeito pretendido não se verificou, mormente em razão da permanência da centralização, que ocasionou um obstáculo ao interesse das partes, tendo em vista a excessiva lentidão das vias ordinárias e a burocracia notadamente ineficiente⁸.

compromisso arbitral é suficiente para afastar a jurisdição estatal, criando o necessário mecanismo para a execução específica da cláusula arbitral (na hipótese de uma das partes, surgido o litígio, recusar-se a aderir à solução arbitral)”. No mesmo sentido Athos Gusmão Carneiro (2009, p. 43): “a cláusula compromissória apenas continha promessa de submeter eventuais controvérsias à decisão de árbitros; mas tal promessa, simples obrigação de fazer, não obrigava as partes a firmar o efetivo compromisso quando surgida real controvérsia entre os contratantes, gerando apenas um dificilmente realizável dever de indenização.”

⁷ Argumento *apagógico* ou de redução ao absurdo, na lição de Perelman (1998, p. 79-80), é aquele que resolve a controvérsia de forma a supor que o legislador é sensato e que jamais poderia ter admitido uma interpretação de lei que gerasse consequências ilógicas.

⁸ Corroborando com a tese aludida, assim se pronunciou o Min. Sálvio de Figueiredo no REsp n. 15.231/RS, *verbis*: “O nosso sistema jurídico, ao contrário do que ocorre com outros sistemas jurídicos mais evoluídos, não obriga o arbitramento, preferindo, pelo monopólio jurisdicional do Estado e pela unidade de jurisdição, que têm lastro constitucional, adotar a figura do juízo arbitral, considerando um dos substitutos da jurisdição. É, todavia, instituto de raríssimo, ou quase nenhum, uso entre nós.” Vide a opinião de Hamilton de Moraes e Barros no mesmo aresto. À guisa de reforço, impende citar alguns precedentes que perfilham e reafirmam o entendimento esposado: AgRg n. 241.587, Rel. Min. Moreira Alves; SEC n. 5.378, Rel. Min. Maurício Côrrea; SE n. 4.087, Rel. Min. Moreira Alves; REsp n. 616, Rel. Min. Cláudio Santos.

Desse modo, afigura-se o juízo arbitral um meio pelo qual o árbitro não poderia, em hipótese alguma, ter sua decisão afastada da homologação⁹, que, por conseguinte, não possuía o poder de constituir, extinguir ou modificar, de *per se*, relações jurídicas. As partes escolhiam, então, a lentidão ordinária e onerosa à homologação, também lenta, senão mais lenta, e não menos onerosa.

A *quaestio juris*, durante muitos anos, foi objeto de debate por parte dos juristas e, em todas as discussões, o objetivo primordial era ampliar sua aplicação e consolidar seu modelo. Em suma, da forma como se encontrava esculpido no Código de Processo Civil, o juízo arbitral conservava um baixo índice de efetiva solução de lides. Saliente-se, outrossim, a existência de grandes possibilidades de que aquele que viesse a sucumbir impugnasse a própria validade do juízo arbitral no Poder Judiciário. (CARNEIRO, 1982, p. 52)

2. A Lei 9.307/96, o novo mecanismo de funcionamento da arbitragem e suas peculiaridades

Com a sobrevinda da Lei 9.307/96, também conhecida como Lei Marco Maciel – malgrado o responsável intelectual por sua elaboração seja o brilhante professor Carlos Alberto Carmona –, algumas controvérsias e falhas inerentes ao instituto do juízo arbitral foram sanadas.

Trata-se de um meio alternativo de solução de controvérsias, em torno de direitos patrimoniais disponíveis, que se encon-

trava em esquecimento pelos brasileiros. Entre várias modificações, o legislador, em manobra de fortalecimento da cláusula compromissória (CARMONA, 1997, p. 46; TIBURCIO, 1999, p. 175) – que entre nós, ao tempo do Código Civil de 1916, não produzia efeito algum –, separou-a do compromisso arbitral; equiparou a sentença arbitral à sentença estatal – superando a necessidade de dupla homologação pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a necessidade de homologação judicial das decisões arbitrais internas.

Em suma, três foram as grandes mudanças geradas pela Lei 9.307/96: a) consagrou a possibilidade de a arbitragem ser instituída por intermédio da convenção de arbitragem, que abarca, portanto, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral¹⁰; b) concedeu à sentença arbitral os mesmos efeitos da sentença estatal (art. 18), a saber, título executivo judicial e c) acabou com o mecanismo de dupla homologação pelo Supremo Tribunal Federal¹¹, que, a partir de então, deverá homologar as sentenças arbitrais estrangeiras, ainda que não tenham sido homologadas por sentença judicial no país de origem.

No Parecer n. 8.062/GB, sobre a SEC 5.206-8/Espanha, o então Procurador-Geral da República, Geraldo Brindeiro, asseverou:

“O fato é que o legislador ordinário nacional abriu o caminho para que as pessoas físicas ou jurídicas capazes se valessem da arbitragem como forma de solucionar as suas controvérsias

⁹ “A necessidade de homologação do laudo arbitral, por sua vez, destruiu as vantagens da arbitragem: o custo do processo acabava acrescido das despesas carreadas com a demanda perante o Poder Judiciário; a celeridade esperada para a solução do litígio ficava totalmente comprometida, eis que, apesar da simplicidade (aparente) do procedimento homologatório, a sentença, proferida pelo juiz togado – oficializado ou não o laudo – desafiava recurso de apelação, que, por sua vez, poderia abrir as portas ao recurso especial e/ou recurso extraordinário (...).” (CARMONA, 1997, p. 46)

¹⁰ A Lei de arbitragem modificou a redação do artigo 301, IX, e artigo 267, VII, do Código de Processo Civil, substituindo a expressão compromisso arbitral por convenção arbitral, que envolve a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

¹¹ Esse sistema já era adotado por Portugal (CPC de 1961, artigo 48 e artigo 1.522), Espanha, Bélgica (*Code Judiciaire*, artigos 1.702 e 1.703), França (*Nouveau Code de Procédure Civile*, artigo 1.476) e Itália, anteriormente à aprovação da Lei 9.307/96 no Brasil, ou seja, sob a vigência do juízo arbitral, o que acarretava sérios problemas para a homologação de laudos arbitrais oriundos desses países.

relativas a direitos patrimoniais disponíveis, sem a intervenção do estado e por meio de decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial – vale dizer: equiparou os efeitos da sentença arbitral aos da decisão judicial em processo de conhecimento e o fez expressamente conforme se infere de seu art. 31.” (CARMONA, 2000, p. 85)

As vantagens substanciais da arbitragem são a consagração da autonomia da vontade das partes, celeridade, sigilo, baixo custo (proporcionalmente ao dano que poderia ser causado pela demora), tecnicidade na resolução do conflito e possibilidade de escolha das regras de direito¹² (processual e material) que irão ser empregadas na possível resolução de um conflito.

No concernente à anulação, a decisão arbitral poderá ser impugnada por uma ação anulatória, que deverá ser proposta no prazo máximo de 90 dias, após a notificação da sentença arbitral, pela parte que se sentir prejudicada. A referida impugnação, todavia, poderá versar tão somente sobre o aspecto formal da sentença arbitral. Em relação ao mérito, a Lei 9.307/96 não colaciona inovações, porquanto o árbitro continua a ser soberano no momento da prolação da sentença.

Não obstante, ainda assim alguns doutrinadores e juristas persistem na ideia da ineficácia e difícil aplicação da lei mencionada. Em tom uníssono, todos concordam que é mister vislumbrar uma alternativa para o acúmulo de processos nos tribunais, o que acarreta uma natural morosidade.

Conforme dito anteriormente, uma parte da doutrina e da jurisprudência posiciona-se pela ineficácia e inconstitucionalidade da Lei 9.307/96 e, para tanto, alegam que, 1) uma vez que a Constituição de 1988 adotou o sistema inglês ou controle de jurisdição única, “a lei não excluirá da apreciação do

¹² Nada impede a escolha de normas institucionais ou de órgãos arbitrais (por. ex. as normas da Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá) ou da *lex mercatoria*.

Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” (artigo 5º, XXXV, da CF 1988). Destarte, *ad argumentandum tantum*, as decisões administrativas, quais sejam, aquelas oriundas de Tribunais ou Conselhos Administrativos, encontram-se sujeitas a uma possível revisão pelo Poder Judiciário. Falta a tais decisões o que os publicistas norte-americanos chamam *the final enforcing power*; o poder conclusivo da justiça estatal, a coisa julgada material e seus atributos.

Sustentam ainda que, em função de a Constituição Federal de 1988 ter albergado os princípios da 2) indelegabilidade; 3) indeclinabilidade; 4) juiz natural; 5) investidura e 6) devido processo legal, a Lei 9.307/96 a afronta diretamente e, portanto, carrega a mácula ontológica da inconstitucionalidade. Por fim, colacionam o argumento de que a sentença arbitral faz 7) título executivo extrajudicial e, além disso, que a jurisdição é uma atividade prestada, única e exclusivamente, pelo Estado. Conseqüentemente, por ser uma e indivisível, não pode ser empregada por quem dela não esteja investido. Os referidos argumentos contrários à Lei de Arbitragem serão refutados doravante. Tratar-se-á, a seguir, da constitucionalidade dos arts. 6º e 7º da Lei 9.307/96 e, posteriormente, da jurisdicionalidade e constitucionalidade genérica da lei referida.

3. O voto do Ministro Sepúlveda Pertence e a constitucionalidade dos artigos 6º e 7º da Lei 9.307/96

Em 1994, quando uma sociedade comercial suíça requereu a homologação de uma sentença arbitral estrangeira – SE 5.206-7 –, prolatada em Barcelona, na Espanha, em face de uma sociedade comercial brasileira, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, o ilustre Ministro Sepúlveda Pertence, indeferiu o pedido de homologação, sob o fundamento de que o laudo estrangeiro não havia sido homologado pela justiça espanhola.

Inconformada com a decisão proferida, a sociedade suíça interpôs agravo interno, no qual alegou que o ordenamento jurídico espanhol, desde 1988, equiparara, em seus efeitos, a sentença arbitral à sentença estatal e, em decorrência, aboliu o sistema de dupla homologação. O curioso nesse caso é que a própria sociedade brasileira desejava efetuar o pagamento que devia à sociedade suíça.

Em face dos argumentos apresentados, o ilustre Ministro Sepúlveda Pertence concedeu provimento ao agravo interno. Tais fatos ocorreram em meados de outubro de 1996, período de *vacatio legis* da Lei 9.307/96. A Lei de Arbitragem entraria em vigor, precisamente, no dia 23 de novembro de 1996. Aproveitando tal ensejo, ou seja, a possibilidade de revisão da tese seguida há tantos anos pela jurisprudência do Supremo Tribunal e a entrada em vigor da nova lei, o ilustre Ministro Moreira Alves solicitou parecer ao então Procurador Geral da República, Geraldo Brindeiro, sobre a constitucionalidade da referida lei. O parecer da Procuradoria Geral da República – Parecer n. 8.062/GB – com data de 17 de março em 1997, demonstrava a inexistência de vício originário de inconstitucionalidade.

Conclusos os autos novamente ao Ministro Sepúlveda Pertence, o ilustre magistrado houve por bem declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade (em meados de 8 de maio de 1997) do parágrafo único do artigo 6º, do artigo 7º, bem como dos artigos que deles decorrem (arts. 41 e 42, que deram nova redação aos arts. 267, VII; 301 e 520, do CPC). No mérito, concedeu provimento ao agravo interno com base, inclusive, nos artigos 31 e 35 da Lei 9.307/96, que igualaram os efeitos da sentença arbitral à sentença estatal e, por via reflexa, aboliram o sistema de dupla homologação¹³. O relator, Ministro Pertence, entendeu em seu voto que:

¹³ Informativo do Supremo Tribunal Federal n. 71.

“sendo insuficiente a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória – dada a indeterminação de seu objeto –, a permissão dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso afronta a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional assegurado pelo art. 5º, XXXV, da CF. Em consequência, declaro inconstitucionais o parágrafo único do art. 6º, o art. 7º e seus parágrafos, e no art. 41, as novas redações atribuídas ao art. 267, inciso VII e art. 301, inciso IX do Código de Processo Civil e o art. 42, todos da Lei 9.307/96”¹⁴.

O Ministro Pertence, com tal posicionamento, fulminou a estrutura de todo o instituto da arbitragem, a saber, a cláusula compromissória¹⁵. Na espécie, não se insurge o eminente Ministro em seu voto contra o instituto da arbitragem, célebre meio alternativo de resolução de conflitos e, tampouco, contra a existência da cláusula compromissória. Tece considerações, tão somente, às cláusulas compromissórias vazias ou em branco, isto é, aquelas nas quais as partes não demonstraram ou previram a forma, regime ou sistema de acordo com o qual a arbitragem deverá ser instalada. Seguindo a trilha dessa argumentação, pertinente é a contribuição de Arnold Wald (2000, p. 324, § 27), *verbis*:

¹⁴ Informativo do Supremo Tribunal Federal n. 71 e AgRg na SE 5.206-7/Espanha, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

¹⁵ Por intermédio da cláusula compromissória, os contratantes se comprometem a submeter à arbitragem os litígios “que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato” (art. 4º). O compromisso arbitral, presente no art. 9º, ao revés, exige a existência de um conflito presente. A respeito do tema, pertinentes são as considerações tecidas pelo sempre professor Athos Gusmão Carneiro (2000, p. 44): “a Lei 9.307/96, ante a perspectiva de um dos contratantes, não obstante a cláusula compromissória, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, foi obrigada a criar uma nova ação judicial, a fim de emprestar real obrigatoriedade a tal cláusula. O art. 7º dispõe detidamente sobre os trâmites de tal ação, que culminará com sentença que ‘valerá como compromisso arbitral’.”

“Tanto, assim, que não discute a constitucionalidade da cláusula compromissória em si (como poderia discutir a execução específica da promessa de compra e venda), mas tão-somente a sua complementação pelo Poder Judiciário quando nela faltam alguns elementos do compromisso arbitral. E, ao considerar inconstitucional o art. 41, abrange os conceitos de cláusula compromissória cheia e vazia, que deveriam ter tratamento distinto”.

Destarte, a inconstitucionalidade em questão limita-se à validade das cláusulas compromissórias em que as partes nada estipularam ou nada determinaram, no que se refere à instalação do procedimento arbitral ou das regras de órgãos ou organismos especializados em arbitragem. Ocorre, todavia, que, na medida em que o Brasil aderiu à Convenção do Panamá¹⁶, pelo Decreto Legislativo n. 90/95 – segundo a qual as partes podem nomear os árbitros ou delegar a sua designação a terceiro e que, somente no silêncio das partes, a arbitragem será instaurada de acordo com as normas da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial (arts. 2º, 3º, 6º, 9º e 14º) –, não se há excogitar da existência de cláusula compromissória totalmente vazia ou em branco, uma vez que as normas da Comissão serão aplicadas subsidiariamente.

Acaso o artigo 7º fosse declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, a cláusula compromissória voltaria a ser uma simples obrigação de fazer e apenas o compromisso arbitral provocaria a instauração da arbitragem. Em suma, o sistema do Código Civil de 1916, que proibia a execução específica desta cláusula, voltaria à tona. A cláusula compromissória perderia a força pretendida pelo elaborador da Lei 9.307/96 e a arbitragem seria condenada ao esquecimento.

¹⁶ Vale ressaltar, contudo, que não existe nenhuma discussão doutrinária acerca da inconstitucionalidade dessa Convenção e, tampouco, jurisprudencial.

Sobre tal enfoque, valiosos são os comentários do professor Carmona (2000, p. 95) acerca das peculiaridades da cláusula compromissória:

“Na medida em que as partes inserem em determinado contrato uma cláusula compromissória, delimitam obrigatoriamente o âmbito em que poderão ocorrer controvérsias solucionáveis por árbitros. Em outros termos, a cláusula compromissória nunca poderá ser tão ampla a ponto de consubstanciar uma renúncia genérica – e aí sim inaceitável – à tutela jurisdicional estatal. Mas na medida em que as partes manifestam firme propósito de recorrer à jurisdição arbitral (em detrimento da jurisdição estatal) para resolver litígios determináveis e futuros, de contornos limitados e delimitáveis (já que a cláusula insere-se ordinariamente na moldura de uma relação jurídica contratual), não há porque imaginar-se que tal avença possa ser ignorada e deixada totalmente sem tutela pelo próprio Poder Judiciário. É isto o que sugere o voto do insigne jurista aqui analisado: se as partes expressamente manifestarem vontade no sentido de que qualquer litígio futuro decorrente de certo contrato seja resolvido por arbitragem, e uma delas simplesmente mudar de opinião, a parte que quiser fazer cumprir o contrato não terá tutela efetiva, não terá tutela específica, restando-lhe, talvez, a via indenizatória, mero arremedo de justiça, eis que a tutela de um direito pelo seu equivalente não passa de esqualio consolo, a disfarçar verdadeira denegação de justiça! Não parece exato dizer (no que toca o art. 7º da Lei) – como consta no voto tantas vezes mencionado – que ‘permitir o suprimimento judicial seria admitir a instituição de um juízo arbitral com dispensa da vontade bilateral dos

litigantes', vontade essa que estaria presente apenas no compromisso arbitral, não na cláusula. Bem pelo contrário, as partes manifestaram claramente sua vontade no momento em que inseriram cláusula compromissória em seu contrato, vontade essa direcionada a retirar do Poder Judiciário a competência para julgar as causas que possam resultar do inadimplemento de qualquer obrigação ali constante, de tal sorte que toda e qualquer crise de certeza relacionada a determinada relação jurídica fica desde logo – por conta de clara, expressa e inequívoca manifestação de vontade de ambos os contratantes – que talvez não tivesse celebrado o contrato se soubesse que eventuais demandas seriam levadas a julgamento perante os órgãos judiciais estatais – com a negativa de eficácia à cláusula compromissória. Se prevalecer a interpretação ora criticada, submete-se o Brasil a verdadeiro escárnio no concerto das nações, pois ficará claro que em nosso país a promessa, o pacto, o acordo de vontades, não produz efeito algum. E a Nação, nos tempos que correm, não pode submeter-se a tal vexame, colocando-se, mais uma vez, na contramão da história.”

O preclaro Ministro Sepúlveda Pertence argumenta, outrossim, que a constitucionalidade¹⁷ da arbitragem brota da renúncia ao direito subjetivo de ação que, no entanto, somente é possível se ocorrer após a controvérsia, cujo deslinde pretende-se subtrair do Poder Judiciário, *expressis*:

“Assim, apenas o compromisso estaria em consonância com o dispositivo constitucional em questão, pois, por força dele, são os próprios titulares

¹⁷ Arnold Wald (2000, p. 329, § 37) entende que não se trata de matéria de índole constitucional, uma vez que, de fato, tratar-se-ia de opção política do legislador ordinário.

dos interesses objeto de uma lide já concretizada que, podendo submetê-la à jurisdição estatal, consentem em renunciar à via judicial e optar pela alternativa da arbitragem para solucioná-la.”¹⁸

Prossegue o ilustre Ministro Relator afirmando que, na cláusula compromissória, o que se verifica, em espécie, não são lides determinadas e concretizadas, tal como no compromisso arbitral, mas lides futuras, eventuais e de contornos indefinidos.

Após citar a doutrina estrangeira, conclui, incidentalmente, que “o que a Constituição não permite à lei (...) é vedar o acesso ao Judiciário da lide que uma das partes lhe quisesse submeter, forçando-a a trilhar a via alternativa da arbitragem.”¹⁹

A despeito dos fundamentos constantes do brilhante voto do Ministro Sepúlveda Pertence, é salutar tecer algumas singelas considerações, *data venia*.

A cláusula compromissória, em verdade, não se trata de uma procuração em branco²⁰. Conforme o escólio de Larenz (1997, p. 441), “o texto só responde a quem o indaga corretamente”. Compreender é, sobretudo, somar perspectivas (ORTEGA Y GASSET, 1963, p. 18-19), observar os diversos enfoques que o legislador almejou englobar. As partes que celebram um contrato, logicamente, são definidas e os eventuais litígios existentes somente podem ocorrer em razão de algum contrato específico. Assim, a cláusula compromissória representa uma renúncia ao exercício do

¹⁸ AgRg na SE 5.206-7/Espanha, p. 35.

¹⁹ AgRg na SE 5.206-7/Espanha, p. 35.

²⁰ “Verificamos, pois, que a inconstitucionalidade vislumbrada por S. Exa., em relação ao art. 7º da Lei 9.307/96, decorre do fato de nele admitir-se que o regime da arbitragem seja fixado judicialmente, por delegação implícita das partes e determinação legal, embora nada impedisse os contratantes de convençionar, na cláusula compromissória, a adoção de um regime de entidade especializada à qual as partes tenham referido, caso no qual a exceção da existência de cláusula compromissória deveria extinguir o processo.” (WALD, 2000, p. 328, § 29 e § 60)

direito de ação a lides definíveis, determináveis e eventuais, sem nenhuma espécie de abstração.

Neste dispositivo, conforme preceitua o artigo 7º, “existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso designando o juiz audiência especial para tal fim”. Esta construção fora realizada exatamente em razão do insucesso da cláusula compromissória no período da vigência do juízo arbitral²¹. A parte que desejasse descumprir o pactuado, unilateralmente, encontrava, na cláusula compromissória, a lacuna perfeita, uma vez que esta não gozava do atributo da execução específica²².

²¹ Arruda Alvim (2001) faz o seguinte questionamento acerca da cláusula compromissória: “a condição contida no art. 6º, da lei 9.307/96, é condição de admissibilidade da ação proposta? Pode ser desconsiderada judicialmente?” E, a seguir, responde: “em nosso entender, comungando com a doutrina corrente – de que se pode dizer unânime a respeito da questão –, se o interessado não fizer a prova de que instou a outra parte para firmar o compromisso, carece da ação destinada à instauração do juízo arbitral.” Essa indagação é o cerne de toda a questão referente a cláusula arbitral. (Cf. também RICCI, 2000, p. 13)

²² “Observe-se ainda que esta inconstitucionalidade, se confirmada, pode levar até mesmo a outros questionamentos quanto à extensão desta interpretação. Suponhamos que uma parte brasileira celebre um contrato comercial, contendo cláusula compromissória, segundo a qual a arbitragem será realizada no exterior. A parte brasileira descumpra o contrato e o tribunal arbitral é instalado à revelia da parte brasileira, que deseja submeter o litígio ao Judiciário estrangeiro. O tribunal arbitral no exterior, então, profere laudo arbitral em que a parte brasileira é condenada e este laudo arbitral para que possa ser executável no Brasil deve ser homologado pelo Supremo Tribunal Federal” (TIBURCIO, 1999, p. 191). Certamente, o STF não homologará tal sentença, em razão da afronta à ordem pública. Ressalte-se, pois, os conflitos que ocorrem no âmbito do MERCOSUL, em que, possivelmente, o Brasil seja condenado pelo Tribunal Arbitral. Será necessária a homologação do laudo arbitral pelo STF? Os internacionalistas entendem que não, uma vez que a CF de 1988 (art. 102, I, “h”) e o RISTF falam em sentença estrangeira, o que, em espécie, distancia-se da natureza jurídica do laudo arbitral.

De outra forma, impende lembrar que não são poucos os dispositivos no ordenamento jurídico brasileiro em que ao juiz compete suprir ou complementar a vontade das partes, de maneira que tal argumento não logra êxito. Por sinal, ressalta o ilustre Ministro Maurício Corrêa que “na execução da cláusula compromissória o juiz não substitui a vontade das partes, mas a concretiza.”

Em maio de 1999, o Ministro Maurício Corrêa, relator da SEC n. 5.847/Reino Unido²³, ao julgar a homologação da referida sentença, contrariou a tese do Ministro Pertence e posicionou-se brilhantemente pela constitucionalidade da Lei 9.307/96, *verbis*:

“Feitas estas considerações, não vejo como possa prosperar o encaminhamento da declaração de inconstitucionalidade dos preceitos então impugnados. Ao contrário, considerando-os mecanismos de suma importância, hodiernos e indispensáveis para o aperfeiçoamento de nosso sistema jurídico, a exemplo do que se cristalizou, há muito, na legislação da maioria dos Estados democráticos, como instrumento alternativo, eficaz e célere para a composição de litígios. O emperramento da máquina judiciária no Brasil, pela observância de regras, culturas e práticas, poderá ter no sistêmico aparelho da arbitragem parcela do que falta para colocá-lo em sintonia com o que realiza o outro lado do mundo, sem que, com isso, seja atropelada a ordem constitucional vigente.”²⁴

Posteriormente, retomando o julgamento da SE 5.206/Espanha, em novembro de 2000, o Ministro Nelson Jobim proferiu voto-vista no sentido de declarar constitucional os artigos impugnados da Lei

²³ Informativo do Supremo Tribunal Federal n. 173.

²⁴ Informativo do Supremo Tribunal Federal n. 173 e SEC 5.847-1.

9.307/96²⁵. Pediu vista o Ministro Ilmar Galvão²⁶.

Em março de 2001, o Ministro Ilmar Galvão proferiu seu voto-vista e acompanhou o Ministro Nelson Jobim pela constitucionalidade da Lei susomencionada. Pediu vista dos autos a Ministra Ellen Gracie²⁷, que, no dia 3 de maio de 2001, proferiu seu voto-vista no sentido de considerar constitucional a lei.

Sobreveio, no mesmo dia, o pedido de vista do Ministro Néri da Silveira, o qual, juntamente com o Ministro Moreira Alves, acompanhou o voto proferido pelos Ministros Sepúlveda Pertence, relator, e Sydney Sanches, de sorte que, vencidos os referidos Ministros, a Lei de Arbitragem foi declarada constitucional. A corrente majoritária contou com os votos dos Ministros Nelson Jobim, Ilmar Galvão, Ellen Gracie, Celso de Mello, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Carlos Velloso.

4. Os argumentos acerca da jurisdicionalidade e a constitucionalidade genérica da Lei 9.307/96 e a refutação dos argumentos contrários

Segundo o mestre processualista Galeano Lacerda, “jurisdição é a atividade pela qual o Estado, com eficácia vinculativa plena” – e, para aprofundar o debate, mister acrescentar a concepção de Chiovenda (SILVA, 2000, v.1, p. 27-30): com caráter substitutivo²⁸ –, “elimina a lide declarando e/ou realizando o direito”. Em verdade, para o nobre professor, somente o Estado,

detentor da soberania, está apto a dizer e realizar o direito por intermédio de seus agentes, quais sejam, os magistrados. Mas, e os árbitros? Ainda que não sejam agentes nomeados diretamente pelo Estado, não poderiam “dizer” o Direito²⁹? Se a sociedade é o verdadeiro fundamento e razão de existência do Estado, não teria ela o poder para dirimir suas controvérsias, sem que precisasse mobilizar o aparato estatal? Se a sociedade é o local de emergência de todos os valores e, por isso, também, dos valores jurídicos que dela dependem para se converterem em concretas formas de agir, não deveríamos levar em consideração as possibilidades históricas dessa concretização, sem renunciarmos de antemão às sempre renovadas exigências axiológicas?

Em que pesem as razões trazidas à baila pelos eminentes juristas e doutrinadores, carecem de fundamento todos os argumentos elencados pela ineficácia, inaplicabilidade e inconstitucionalidade genérica da Lei.

Uma breve divagação iria conduzir a *vexata quaestio* aos clássicos *Utopia*, de Thomas More; *Leviatã*, de Thomas Hobbes; *Dois Tratados sobre o Governo Civil*, de Locke, e o *Contrato Social*, de Rousseau. No entanto, não é necessário conduzir o debate para tal seara. Cumpre evidenciar, apenas, que, para os contratualistas e, inclusive, para More, o Estado encontrava sua razão de ser no indivíduo – sua proteção, liberdade e vida.

Quando as partes escolhem um árbitro, desejam que a lide seja resolvida de maneira célere, por profissional capacitado, imparcial e técnico. O fazem dessa forma por expressão da liberdade³⁰ e voluntariedade

²⁵ Informativo do Supremo Tribunal Federal n. 211.

²⁶ SEC 5.828/Noruega e Informativo do Supremo Tribunal Federal ns. 221 e 213.

²⁷ Informativo do Supremo Tribunal Federal n. 221.

²⁸ “Está presente na arbitragem o caráter substitutivo da jurisdição, que consiste na interferência de uma terceira pessoa, estranha à lide, que não participa do conflito de interesses, terceiro esse que dirigirá imparcialmente a busca da verdade para a aplicação do direito objetivo ao caso concreto.” (CARMONA, 1990, p. 38)

²⁹ A respeito da verdadeira razão de ser da arbitragem, por todos, Carmona (1990, p. 34): “trata-se, evidentemente, de participação do povo na administração da justiça – o que não afronta o art. 153, § 4º, da CF e encontra respaldo no seu § 1º do art. 1º. Basta lembrar, em esforço a tal argumentação, que a instituição do júri, mantida no mesmo art. 153 da CF, é baluarte da participação popular em nível jurisdicional.”

³⁰ Carmona (1990, p. 33) adverte que não é raro encontrar, em alguns sistemas jurídicos estrangeiros, a

que dispõem sobre o bem ou o interesse. O Estado coloca à disposição das partes seu aparato judicial para que lá resolvam seus conflitos de interesses; todavia, as partes, espontânea e voluntariamente, recusam o serviço estatal e optam por resolver a lide sem a sua participação.

Não se encontram compelidas a resolver a lide por intermédio da arbitragem, seguem essa prática por entenderem que lhes trará maiores benefícios que a via judicial, consoante bem elucidam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery (1999, p. 1726):

“A arbitragem não ofende os princípios constitucionais da inafastabilidade do controle judicial, nem do juiz natural. A Lei de Arbitragem deixa a cargo das partes a escolha, isto é, se querem ver sua lide julgada por juiz estatal ou por juiz privado. Seria inconstitucional a Lei de Arbitragem se estipulasse arbitragem compulsória, excluindo do exame, pelo Poder Judiciário, a ameaça ou lesão a direito. Não fere o juiz natural, pois as partes já estabelecem, previamente, como será julgada eventual lide existente entre elas. O requisito da pré-constituição na forma da lei, caracterizador do princípio do juiz natural, está presente no juízo arbitral.”

Com o aludido entendimento e o argumento da escolha espontânea e voluntária, os seis primeiros aspectos contrários à arbitragem, a saber, 1) controle judicial único; 2) indelegabilidade; 3) indeclinabilidade; 4) juiz natural; 5) investidura; 6) devido processo legal, tornam-se meras falácias.

submissão obrigatória de determinadas matérias à arbitragem. Cita como exemplo o Decreto-Lei português 201/75, que trata de matéria atinente ao arrendamento rural. O Código de Processo Civil português, inclusive, reservava todo o Livro IV ao tribunal arbitral, que poderia ser voluntário ou necessário. Alerta que, no Brasil, já existiu a obrigatoriedade da arbitragem no Código Comercial de 1850, arts. 245 e 294, revogados respectivamente, pela Lei 1.350 de 1866 e Decreto nº 3.900 de 1867.

Com o escopo refutar quaisquer controvérsias a respeito do tema, corrobora com tese esposada o então Procurador-Geral da República, Geraldo Brindeiro, no Parecer n. 8.062/GB, ao citar o ilustre Cândido Rangel Dinamarco³¹:

“Penso ainda que a Lei 9.307/96 guarda completa harmonia com as garantias e direitos assegurados pela CF, especialmente com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no art. 5º, XXXV. Essa norma constitucional assegura a todos o acesso à justiça nas hipóteses de lesão ou ameaça a direito, que pode se concretizar através do ajuizamento de ação judicial. Isto não significa, contudo, que as pessoas físicas ou jurídicas estão obrigadas a ingressar em juízo toda vez que seus direitos subjetivos são afrontados por outrem, pois o princípio garante o direito de ação, não o impõe. O direito de ação, à luz do princípio da autonomia das vontades, representa uma faculdade inerente à própria personalidade’ (Cândido Rangel), não um dever.

O que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece é que: ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito’. Não estabelece que as partes interessadas não excluirão da apreciação judicial suas questões ou conflitos. Não determina que os interessados deverão sempre levar ao Judiciário suas demandas”.

No que diz respeito ao controle judicial de lesão ou ameaça de direito, a Lei 9.307/96 o resguarda em seus artigos 6º, 7º, 32, 33, 38 e 39, nas hipóteses de recalcitrância em firmar compromisso, nulidade ou invalidade do juízo arbitral e ofensa à ordem jurídica nacional³².

³¹ Parecer 8.062GB sobre a SE 5.206-8/246/GB; Wald (2000).

³² O legislador ordinário permitiu, de um lado, a pacificação de determinados conflitos de interesses

A eiva de inconstitucionalidade da lei em face aos argumentos colacionados pela corrente contrária, não logra prosperar. A Lei 9.307/96 está em plena conformidade com os princípios basilares da Carta Magna.

O artigo 18 da Lei de Arbitragem dispõe que “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir fica sujeita a recurso ou a homologação pelo poder Judiciário”. Infere-se, pois, desse dispositivo que a arbitragem possui natureza jurídica equivalente à jurisdição. Segundo Carmona (1990, p. 34), “o fato de encarar-se a jurisdição como poder, atividade e função do estado, não descaracteriza, desde logo, a jurisdicionalidade da arbitragem”. O árbitro, ao prolatar a sentença arbitral, declara o direito e o aplica ao caso concreto, extinguindo a lide. A decisão do árbitro é exteriorizada por intermédio de uma sentença, cuja qualidade fundamental é ter natureza de título executivo judicial, fato esse que não obriga sua homologação pela autoridade judicial (artigo 584, III, do Código de Processo Civil) (NERY JÚNIOR; NERY, 1999, p. 1737). Assim, alguns dos atributos peculiares³³ à jurisdição restam evidentes na

sem a intervenção estatal, mediante compromisso arbitral, com nítidas vantagens para os interessados, e, de outro, garantiu o livre acesso ao Poder Judiciário àqueles que tiveram direitos violados por inobservância das regras fixadas para a arbitragem”. (NERY JÚNIOR; NERY, 1999, p. 1726).

³³ “Mesmo aqueles que aceitam a jurisdicionalidade da arbitragem reconhecem que o árbitro não exerce a *coertio* e a *executio*, tradicionais componentes da jurisdição” (CARMONA, 1996, p. 431). A execução de sentença arbitral deve ser realizada por meio da intervenção do Poder Judiciário, após a fase de embargos. Da mesma forma ocorrerá se, no curso do processo arbitral, houver necessidade de medidas cautelares que impliquem em atos coercitivos. Desta feita, se a jurisdição, conforme tese que defendemos, não é monopólio do Estado, por outro lado, a coerção – conforme clássica lição de Max Weber – não deve ser entendida dessa forma. Cf., por todos, Carmona (1990, p. 33). No entanto, para alguns autores, mister se advirta, o procedimento de execução não deve ser entendido como ato característico à atividade jurisdicional. Para esses, conseqüentemente, não haveria

Lei de Arbitragem. Do mesmo modo, com a utilização do método lógico-sistemático de interpretação, o dispositivo do art. 31 confirma a argumentação desenvolvida: “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

Ora, com tal dispositivo, conforme repetido insistentemente, ocorreu uma verdadeira equiparação da sentença arbitral à estatal. Impende lembrar, no entanto, que, quando da vigência da anterior disposição da arbitragem, isto é, o juízo arbitral, o Supremo Tribunal Federal não homologava os laudos arbitrais oriundos de países que não os homologasse judicialmente. O entendimento do Supremo Tribunal era de que o laudo arbitral não era sentença e, por conseguinte, não podia ser homologado diretamente, sem que antes a autoridade judicial do país de origem o fizesse (dupla homologação)³⁴. Tal requisito de validade gerava enormes transtornos, visto que em vários países não existia a exigência de homologação judicial para que o laudo gozasse de eficácia. Com a entrada em vigor da Lei 9.307/96, o fato é que o Supremo Tribunal Federal passou a homologar diretamente³⁵ o laudo arbitral – que, a partir

dúvida em reconhecer a jurisdicionalidade da arbitragem. (SILVA, 2000, p. 27-30; 48-49).

³⁴ Por todos Carmen Tiburcio (1999, p. 180): “coerentemente com o que ocorria com a arbitragem no plano interno, os laudos arbitrais estrangeiros, para produzirem efeitos no Brasil, deviam ser homologados judicialmente no país de origem. Esta era a jurisprudência do STF, que exigia a dupla homologação dos laudos arbitrais estrangeiros para que tivessem eficácia no País. Este entendimento prevalecia mesmo nos casos de laudos provenientes de Estado estrangeiro que não exigia tal providência, ou seja, mesmo que fossem exequíveis no país de origem independentemente de homologação. O fundamento teórico de tal distinção era o de que o laudo arbitral não se equiparava à sentença, e que somente as sentenças estrangeiras eram passíveis de homologação”.

³⁵ Esse foi um dos argumentos pelos quais o Ministro Pertence concedeu provimento ao agravo interno na SE 5.206/Espanha.

de então, recebeu a denominação de sentença arbitral –, evidenciando, sobretudo, o caráter jurisdicional da presente sentença arbitral.

Valioso, neste momento, tecer alguns comentários acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a dupla homologação. A interpretação da Suprema Corte, no pertinente à dupla homologação, era caracterizada pela natureza restritiva de alguns casos. Somente sentença estrangeira *stricto sensu* poderia ser homologada. Entretanto, brilhante e lúcida a advertência realizada pelo saudoso Ministro Carlos Thompson Flores, na SE 1.982/EUA:

“(…) Certo poderia ser examinada a hipótese de dispensar a homologação da Justiça Americana, a que foi proferida pelo Juízo arbitral. Era mister, todavia, que, ao menos se fizesse prova do direito em questão, os termos do art. 212 do CPC, o que não se fez, quiçá porque suas normas foram apenas afloradas, nelas se não fundamentando o pedido (…).”

Com esse voto, o eminente Ministro Thompson Flores empregava uma interpretação mais dinâmica ao juízo arbitral e permitia, desde que provado o teor e a vigência do direito estrangeiro, a dispensa da homologação judicial. Infelizmente, a posição do Ministro Thompson Flores não foi seguida – apesar de repetida por mais de uma oportunidade, como na SE 2.486-1/GB e SE 2.006 – pela Corte, o que, se ocorresse, iria acarretar a mudança da jurisprudência até então construída³⁶.

O aspecto que merece maior debate refere-se à posição do Supremo Tribunal Federal em sempre ter considerado sentença estrangeira, e, pois, homologado,

³⁶“Na verdade, o entendimento do STF deveria ter sido interpretado como se negasse homologação a laudos arbitrais estrangeiros que não fossem exequíveis no país em que foram proferidos ou quando a prova do teor e vigência do direito estrangeiro não tivesse sido feita” (TIBURCIO, 1999, p. 181). A modificação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ocorreu com a decisão do AgRg na SE 5.206/Espanha.

decisões prolatadas por autoridades administrativas e religiosas, no exercício da atividade judicante. Não obstante, divórcios realizados por rabinos em Israel, pelo Rei da Dinamarca, por tribunais canônicos ou muçulmanos e até por prefeitos no Japão podiam ser homologados pelo Supremo Tribunal³⁷. Seguindo esse desate, não é compreensível, a partir da análise dos precedentes citados, o motivo pelo qual fora criado tamanho óbice à homologação dos laudos arbitrais. No entanto, o que importa, no presente momento, é que, com a Lei 9.307/96, tais empecilhos não mais ocorrerão (artigos 31 e 35).

Alguns autores ponderam, incessantemente, que a sentença proferida por árbitro possui característica de título executivo extrajudicial, fato que demonstraria a inequívoca ausência de jurisdicionalidade da lei (artigos 584 e 585 do Código Processo Civil). A refutar tal entendimento, precisas são as palavras do autor da Lei, o professor Carlos Alberto Carmona (1998, p. 38):

“O art. 32 determina que a decisão final dos árbitros produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal, constituindo a sentença condenatória título executivo que, embora não oriundo do Poder Judiciário, assume categoria de judicial. O legislador optou, assim, por adotar a tese da jurisdicionalidade da arbitragem, pondo termo à atividade homologatória do juiz, fator de emperramento da arbitragem.”

Enfim, o argumento mais preciso para fulminar a alegação de ausência de jurisdicionalidade da Lei 9.307/97 é, justamente, aquele referente à desnecessidade de homologação da sentença arbitral por parte do Poder Judiciário. (CARMONA, 1998, p. 47)

A arbitragem representa uma ínfima, contudo sutil, abertura no monopólio estatal da atividade jurisdicional, uma vez

³⁷ SE 1.282/Noruega; SE 1.312/Japão; SE 1.943/Dinamarca; SE 2.366/Espanha; SE 2.419/Israel; SE 3.135/ República Libanesa.

que permite a resolução dos conflitos em outra vertente. Trata-se, então, do início da desestatização dos litígios, por intermédio da desformalização de controvérsias (ALVIM, 1998, p. 47). No entanto, é mister que se advirta que o intuito da lei não é criar um Poder paralelo ao Judiciário, responsável concorrentemente pela declaração e realização do Direito. A arbitragem visa, tão somente, conceder novos caminhos, ainda que tímidos, pelos quais as lides poderão ser resolvidas; “não quer isso dizer, no entanto, que não seja possível questionar em juízo a validade e eficácia da sentença arbitral: para este fim estabeleceu-se o procedimento do art. 33”. (CARMONA, 1998, p. 39)

De pronto, a definição dada por Galeano Lacerda e Chioyenda é imprecisa para o contexto em que nos encontramos, no pertinente ao monopólio estatal de “dizer” o Direito. Sem o intuito de esvaziar de juridicidade o próprio conceito de jurisdição, não resta óbice à possível constituição de um juiz privado, que atue em conformidade com os preceitos dos bons costumes, ordem pública e disponibilidade de bens.

5. A disciplina da arbitragem no Anteprojeto de CPC

O tema da arbitragem mereceu particular tratamento por parte da Comissão Redatora do Anteprojeto de CPC. Entre os avanços, destaca-se a opção pela expressão “convenção de arbitragem”, que culminou por suprir a controvérsia em torno da cláusula e do compromisso arbitral e impor o mesmo regime jurídico a ambos.

Com a perpetuação dessa linha de desenvolvimento, o Brasil se mantém à frente de países como a Itália, berço do processualismo, onde até hoje a sentença arbitral é sujeita à homologação judicial para que tenha força de título executivo. Por sinal, o regime dos artigos 338, X, e 467, VII, do Anteprojeto de Códilgo de Processo Civil evidenciam o vulto alcançado pelo instituto no país após quinze anos da sua normatização e desde

a pronúncia de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Nos dois artigos supracitados, é notória a relevância atingida pela arbitragem para o deslinde e estabilização da relação processual, na medida em que impõem ao réu, antes de adentrar ao debate do mérito, o ônus de suscitar a existência de convenção de arbitragem, bem como ao juiz o dever de verificar a presença desta para a prolação de sentença sem resolução de mérito.

Conquanto tímido em relação à criação de uma condição de procedibilidade para os litígios entre órgãos da Administração Pública, a saber, a prévia submissão a Câmaras de Conciliação e Arbitragem, o Anteprojeto de Código Civil é digno dos mais robustos elogios pelo primor técnico e enaltecimento da capacidade da arbitragem de promover a solução prévia de controvérsias, sem a necessária submissão ao Poder Judiciário.

Referências

ALVIM, Arruda. Cláusula compromissória e compromisso arbitral: efeitos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 26, n. 101, p. 192-223, jan./mar. 2001.

ALVIM, José Eduardo Arruda. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Jurisdição*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 15, n. 58, p. 33-40, abr./jun. 1990.

_____. Arbitragem no Brasil: Utopia? *Repertório IOB de Jurisprudência: civil, processual, penal e comercial*, São Paulo, n. 14, p. 274-273, 2. quin. jul. 1993.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo – um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 38.

_____. A arbitragem no Brasil no terceiro ano de vigência da Lei 9.307/96. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 25, n. 99, p. 85-98, jul./set. 2000.

_____. A arbitragem nos Juizados Especiais Cíveis. *Repertório IOB de Jurisprudência: civil, processual, penal e comercial*, São Paulo, n. 24, p. 434-429, 2. quin. dez. 1996.

_____. A Nova Lei de arbitragem. *Consulex: revista jurídica*, Brasília, v. 1, n. 9, p. 46, set. 1997.

CARNEIRO, Athos Gusmão. O juízo arbitral e a simplificação do processo. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 9, n. 24, p. 51-54, mar. 1982.

_____. *Jurisdição e Competência*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor: atualizado até 10.03.1999*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ORTEGA y GASSET, José. Verdad y Perspectiva. In: _____. *El Espectador*. Madrid: Revista de Occidente, 1963-. v. 2. (Obras de Jose Ortega y Gasset).

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Trad. de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

RICCI, Edoardo F. *Presente e Futuro da cláusula compromissória e de sua atuação*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 25, n. 100, p. 88-105, out./dez. 2000.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.1.

TIBURCIO, Carmem. A Lei de Arbitragem e a pretensa Inconstitucionalidade de seu artigo 7º. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: São Paulo, n. 218, p. 175-196, out./dez. 1999.

WALD, Arnaldo. Da constitucionalidade da Lei 9.307/96. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, v. 3, n. 7, p. 323-334, jan./mar. 2000.

Primeiras impressões sobre os precedentes judiciais no Projeto de Novo Código de Processo Civil

Tiago Asfor Rocha Lima

Sumário

1. Notas introdutórias. 2. Estímulo legal ao seguimento de precedentes judiciais. 2.1. Busca pela uniformidade e estabilidade das decisões judiciais. 2.2. Modulação temporal dos efeitos das decisões sob nova perspectiva. 2.3. Revisão interna da jurisprudência e legitimidade das decisões. 3. Precedentes judiciais e tutela da evidência: o futuro inc. IV do art. 285. 4. Precedentes judiciais e remessa (des)necessária: o futuro §3º do art. 478. 5. Conclusões.

1. Notas introdutórias

Primeiramente, antes de qualquer abordagem teórica do assunto escolhido para esta pesquisa acadêmica, é de se louvar a iniciativa do Senado Federal, em especial do seu Consultor Legislativo, Dr. Bruno Dantas, em lançar mão de mais um instrumento técnico capaz de propiciar o debate a respeito da legislação processual civil que se avizinha, oportunizando até, quem sabe, o aperfeiçoamento do Anteprojeto (já convertido em Projeto de Lei) elaborado pela douta Comissão de Juristas e que está a percorrer o longo e espinhoso caminho do processo legislativo até que venha a tornar-se lei¹.

Tiago Asfor Rocha Lima é Doutorando em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP), Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará (UFC), Professor de Cursos de Pós-Graduação, Advogado e Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).

¹ O Código Civil de 2002 está aí para provar essa afirmativa, já que dormitou pelo Congresso Nacional por mais longuíssimos anos antes de ser concluído o processo legislativo.

Demais disso, não se pode olvidar que a matéria em apreço não se cuida de uma legislação qualquer, mas de uma norma (no sentido *lato*) responsável, talvez, pelo próprio sucesso ou mesmo frustração (não é isso que se imagina, claro) da atividade jurisdicional no Brasil durante as próximas décadas (isto se se pensar que o CPC de 1939 vigeu por mais de trinta anos, enquanto o CPC de 1973 está bem próximo de completar seus quarenta anos de vigência). É que a legislação processual é determinante não apenas nas demandas civis, mas também nas ações trabalhistas, além de ser utilizada subsidiariamente nas questões penais.

A proposta deste trabalho, pois, está em examinar os seguintes aspectos: em que medida o Projeto de Novo Código de Processo Civil (e, a partir de então, será esta a nomenclatura utilizada a fim de facilitar a referência à legislação que está por vir, já que pelo rigor técnico ainda não é adequado tratá-lo como Novo CPC, porquanto inexistente lei promulgada) altera (ou não) o *modus operandi* dos profissionais do direito com os precedentes judiciais? E mais: a tutela da evidência do futuro inc. IV do art. 285 e a remessa (des)necessária do §3º do art. 478, duas hipóteses legais que enaltecem a figura dos precedentes judiciais. São esses os pontos capitais que se pretende explorar nas páginas que seguem.

Parece, contudo, ser necessário estabelecer algumas premissas básicas para este estudo, as quais estão relacionadas, na verdade, diretamente com a origem do sistema jurídico nacional, derivado, como de geral sabença, da família do *civil law* (direito romano-germânico), no qual há uma prevalência da norma escrita (o denominado direito codificado) sobre as demais fontes do Direito, inclusive sobre os precedentes judiciais (também conhecidos noutra quadra da história como direito jurisprudencial, porquanto retirado de conclusões jurisprudenciais)².

² Para o estudo detalhado da função dos precedentes judiciais nos mais diversos ordenamentos

Essa vinculação histórica do Brasil com o direito europeu-continental, todavia, nunca impediu o reconhecimento da importância dos precedentes judiciais pelo ordenamento jurídico nacional³. Ademais, a recente aproximação entre ambos os sistemas (anglo-saxão e europeu-continental) também contribuiu para o destaque alcançado pelas decisões judiciais⁴.

De outra banda, isso não quer dizer que os precedentes judiciais tenham se revestido de caráter vinculante. Na verdade, esta autoridade alcançada por algumas espécies de decisões proferidas pelos magistrados brasileiros obteve expressão significativa com o advento da Emenda Constitucional n. 3, de 1993, a qual, entre inúmeras modificações, criou a figura da Ação Declaratória

jurídicos, conferir a completa obra de Tucci (2004). Veja-se, ainda, WAMBIER (2010).

³ José Rogério Cruz e Tucci (2010, p. 55) relata detalhadamente o arco histórico de valoração dos atuais precedentes judiciais, os quais apareceram no Brasil inicialmente (ainda no século XIX) sob a feição de *assentos* (oriundo de Portugal) e com a ajuda da figura do recurso extraordinário, inspirado no modelo norte-americano do *writ of error*. Posteriormente, na década de 20 do século XX, surgiu a figura do prejudgado, de início restrito à Corte de Apelação do Distrito Federal e depois estendida aos outros Tribunais do país e objeto de variadas normas ao longo do século XX.

⁴ Antônio Carlos Marcato (2008, p. 39) expõe claramente: “Pesa em prol dessa opção, ademais, a constatação de que, embora as distinções entre os ordenamentos da *civil law* e da *common law* ainda persistam, a evolução dos sistemas da tutela de interesses tende a atenuar as diferenças existentes entre os modelos processuais de um e de outro. Afinal, a globalização do mundo moderno gerou um mercado global de idéias jurídicas, favorecendo a circulação e exposição de soluções que ordenamentos diversos adotam para a resolução de seus próprios problemas.” Na mesma esteira, observa Miguel Reale (1990, p. 142): “Seria absurdo pretender saber qual dos dois sistemas é o mais perfeito, visto como não há Direito ideal senão em função da índole e da experiência histórica de cada povo. Se alardearmos as vantagens da *certeza* legal, podem os adeptos do *common law* invocar a fidelidade dos usos e costumes às aspirações imediatas do povo. Na realidade, são expressões culturais diversas que, nos últimos anos, têm sido objeto de influências recíprocas, pois, enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime do *common law*, por sua vez, os *precedentes* judiciais desempenham papel sempre mais relevante no Direito de tradição romanística”.

de Constitucionalidade (ADC) e com esta a figura do efeito vinculante das decisões proferidas pela Excelsa Corte, posteriormente ampliado para a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) pela Lei n. 9.868/1999⁵.

Iniciou-se, então, o movimento de vinculação, ou melhor, de seguimento obrigatório de precedentes judiciais no âmbito do controle de constitucionalidade; ou seja, justamente no âmbito das decisões que envolvessem a norma máxima do ordenamento jurídico, a fim de evitar uma interpretação desuniforme pelos diversos tribunais pátrios. Concluiu-se esse movimento com o enunciado sumular vinculante trazido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que findou sendo regulamentado pela Lei n. 11.417/2006 e que ampliou o alcance a todas as demais questões constitucionais, mesmo aquelas não abrangidas pelo controle de constitucionalidade (CÔRTEZ, 2008; SOUZA, 2006).

Apenas mais recentemente é que o sistema processual passou a perceber a necessidade de emprestar essa mesma carga vinculante às decisões envolvendo matéria infraconstitucional. Foi o que se deu, exemplificativamente, com a figura dos Recursos Repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça criado pela Lei n. 11.672/2008.

Além dessas decisões com efeito vinculante sobre os órgãos integrantes da estrutura do Judiciário e da Administração Pública (como é o caso do enunciado sumular vinculante e das decisões proferidas no âmbito do controle de constitucionalidade), o legislador ordinário também visualizou o crescente fortalecimento das decisões judiciais, as quais cada vez mais têm demonstrado o seu importante papel não apenas no preenchimento das lacunas jurídicas, mas fundamentalmente na pre-

⁵ Nas palavras de José Rogério Cruz e Tucci (2010, p. 73), com tais normas, “abriu-se assim, a passos largos, o caminho de adoção, no Brasil, do *precedente judicial* com força vinculante em situações que se encontram em jogo importantes *quaestiones iuris*, de inequívoco peso político”.

servação de valores constitucionais como o da segurança jurídica e da isonomia entre os jurisdicionados.

Dessa forma, tem-se valorizado as decisões judiciais que ratificam entendimentos jurisprudenciais já consolidados. É que medidas desta natureza preservam a própria ordem jurídica e garantem a estabilidade e segurança do sistema⁶, evitando, outrossim, julgamentos contraditórios sobre um mesmo tema e tratamento anti-isonômico entre os jurisdicionados.

Nessa linha de ideias, podem-se citar os seguintes instrumentos ou técnicas processuais: art. 557, CPC (julgamento monocrático dos recursos); repercussão geral das questões constitucionais no recurso extraordinário⁷; julgamento liminar de improcedência de demandas repetidas (art. 285-A, CPC); uniformização de jurisprudência (arts. 476 a 470, CPC); súmula impeditiva de recursos (art. 518, §1º, CPC), entre outros.

Evidente, desta forma, uma mudança considerável de perspectiva quando se trata do papel dos precedentes judiciais no sistema processual pátrio, especialmente nos últimos anos; papel esse que tende a ser ainda mais fortalecido se aprovado o Projeto de NCPC no Congresso Nacional.

Fincadas essas primeiras premissas, é de se avançar e conhecer, ainda que de forma resumida, a disciplina dos precedentes judiciais no Projeto de NCPC.

2. Estímulo legal ao seguimento de precedentes judiciais

O Projeto de NCPC ainda não completa o que se poderia chamar de um sistema de precedentes judiciais no direito brasileiro.

⁶ Merecem destaque os dizeres de Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 211.) sobre o tema: “A segurança jurídica, vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das conseqüências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser ‘Estado de Direito’.”

⁷ Para conhecimento do assunto, ver MARINONI; MITIDIERO (2007); ARAÚJO (2007); DANTAS (2008).

Talvez até existam razões científicas e históricas para tanto⁸, porém isso não chegou a ser debatido, tampouco explicado à própria comunidade jurídica.

Na verdade, o que se tem de diferente no Projeto de NCPC é um reforço ainda maior à figura do precedente judicial, que tem paulatinamente alterado o modo de ser da ciência processual e da atividade julgadora, a qual nunca esteve tão preocupada em seguir o entendimento dos Tribunais Superiores.

2.1. Busca pela uniformidade e estabilidade das decisões judiciais

A despeito de serem valores implícitos da própria sistemática recursal, a uniformidade e estabilidade das decisões judiciais foram elevadas a patamar de destaque no Projeto de NCPC⁹, a ponto de o novel *Codex* tê-las considerado como legítimos princípios norteadores da atividade dos Tribunais.

É que, muito embora o próprio texto constitucional, ao escalonar os órgãos jurisdicionais e reservar-lhe funções como a de uniformizar a interpretação de dispositivo constitucional (STF) ou de lei federal (STJ), espere que tais entendimentos sejam adotados não apenas pelos Tribunais hierarquicamente inferiores como também pela comunidade jurídica, a prática indica variadas situações em que se insiste na adoção de tese jurídica manifestamente contrária.

Apenas recentemente foi que, mediante reformas legislativas, positivaram-se normas mais rígidas no que tange à obrigato-

riedade de seguimento da jurisprudência firmada nos Tribunais Superiores, tais como as regras relativas aos enunciados sumulares vinculantes (STF), à repercussão geral das questões constitucionais (STF) e ao regime de recursos repetitivos (STJ).

Atenta contra a própria coerência do sistema permitir, *verbi gratia*, que um órgão fracionário de uma Corte profira decisão radicalmente divergente do entendimento firmado pelo órgão especial ou mesmo pelo Plenário da Corte. Igualmente pernicioso é não apenas permitir, mas também conformar-se com a ideia de que um magistrado singular continue a proferir decisões contrárias à jurisprudência pacificada do Tribunal ao qual esteja vinculado.

A independência e a imparcialidade dos magistrados, além de não serem absolutas, não podem ser confundidas com irresponsabilidade. Com efeito, a partir do instante em que o magistrado, no exercício da atividade judicante, ignora propositamente entendimento solidificado e por demais debatido nas mais altas Cortes de Justiça, está a se afastar de suas legítimas atribuições, desvirtuando-se do seu papel e aproximando-se dos limites da arbitrariedade e da irresponsabilidade.

Com o propósito, pois, de evitar tais desvios de conduta e também a fim de estimular a formação e o seguimento de precedentes judiciais no âmbito dos Tribunais, o Projeto de NCPC reservou cinco incisos e dois parágrafos, no futuro art. 847¹⁰, para tratar dessa temática.

¹⁰ Art. 847. Os tribunais 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

⁸ Sobre o tema: STRECK (1998); OTEIZA (2006).

⁹ Tratando da necessidade de uniformização da jurisprudência, Eduardo de Albuquerque Parente (2006, p. 57) sugere: "Vista a necessidade de uniformizar a jurisprudência como um fenômeno que se estabelece no espaço, não no tempo, há diferença entre mudança progressiva madura e pluralidade jurisprudencial descontrolada. Nesse contexto deve situar-se a ponderação, o uso de critérios para uniformizar, sem esquecer-se de que mais e mais o juiz tem exercido papel criativo no processo (embora, claro, dentro de limites legais-funcionais e sem corromper o contraditório e a ampla defesa)."

No inc. I, sugere-se que os Tribunais, na medida do possível e conforme as regras regimentais próprias, elaborem enunciados sumulares de sua jurisprudência dominante. De fato, a atualização constante da Súmula pelos Tribunais é de suma importância tanto interna como externamente, porquanto, além de agilizar o julgamento das questões no âmbito da própria Corte, facilita o conhecimento da jurisprudência da Corte pelos jurisdicionados e pela comunidade jurídica em geral.

O inc. II impõe a uniformização interna de entendimentos entre os diversos órgãos de um Tribunal, evitando a divergência de jurisprudência e fortalecendo o papel desempenhado pelos órgãos hierarquicamente mais qualificados. Trata-se de lúdima medida garantidora da própria respeitabilidade de um Tribunal, pois o Tribunal que não respeita as decisões de seus órgãos mais qualificados certamente não terá legitimidade para exigir que outros Tribunais ou órgãos jurisdicionais respeitem as suas decisões. Seria, no mínimo, incoerente.

Válido notar, ainda, que a “força” de um precedente judicial tende a aumentar proporcionalmente à qualificação do órgão jurisdicional que proferiu a decisão¹¹, devendo o exegeta sempre observar a origem do pronunciamento e a sua vigência, dada

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.

¹¹ Sobre as diferentes formas de eficácia dos precedentes judiciais, cf. MELLO (2008, p. 104-109). Na doutrina norte-americana, ver GERHARDT (2008, p. 47-77); SINCLAIR (2007).

a possibilidade de um órgão superior tê-lo modificado.

Abstratamente, o inc. III contém a mesma ideia do inc. II, acima comentado, qual seja, a de que os órgãos jurisdicionais devem estar atentos às decisões lançadas pelos órgãos *ad quem* aos quais estejam vinculados, posto serem teoricamente mais qualificados e experimentados, detendo, por isso, inclusive a capacidade de rever as suas decisões. Assim, os magistrados estaduais devem tomar como pauta de orientação de seus julgados a jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de seu estado, sempre nessa ordem. Noutras palavras: na ausência de jurisprudência sobre o tema no âmbito do STF, a decisão deve pautar-se na orientação do STJ ou, caso inexistente entendimento firmado por esta Corte, na jurisprudência do Tribunal de Justiça local.

O conteúdo do inc. IV parece estar inteiramente inserido no do inc. III. Ao que parece, na verdade, o Projeto tenta apenas destacar a importância de seguimento da jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal e nos demais Tribunais superiores. Todavia, a ideia de que os órgãos inferiores devem pautar seus julgamentos pelas teses jurídicas firmadas pelas instâncias *ad quem* já é possível de ser extraída do dispositivo anteriormente comentado.

2.2. Modulação temporal dos efeitos das decisões sob nova perspectiva

A mais importante alteração está, no entanto, justamente no último inciso do art. 847. Neste dispositivo (inc. V), ampliou-se definitivamente a técnica da modulação temporal dos efeitos das decisões para além das fronteiras do Supremo Tribunal Federal, alcançando os demais Tribunais superiores e, possivelmente, os Tribunais de segundo grau (já que, pelo Projeto de NCPC, estas Cortes também estarão autorizadas a julgar os incidentes de resolução de demandas repetitivas).

A técnica da modulação temporal dos efeitos das decisões foi incorporada ao ordenamento com o art. 27 da Lei n. 9.868/1999¹². Permitiu-se expressamente, pois, com o referido mandamento legal que o STF, pela maioria qualificada (2/3) de seus integrantes, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, restringisse a eficácia de sua decisão, estabelecendo criteriosamente a data a partir de quando aquela *declaração* surtiria efeitos, tudo isso em prol da segurança jurídica ou de excepcional interesse social¹³.

Referida norma outorgou à Excelsa Corte mais uma tarefa, a saber, a de equalizar as consequências decorrentes da declaração de inconstitucionalidade, visto que decisões dessa natureza podem culminar, nalgumas vezes, em efeitos econômicos, políticos e sociais desastrosos tanto para o Poder Público como para a sociedade. O estabelecimento de efeitos prospectivos a julgados passíveis de provocação de tais efeitos é, portanto, fundamental, na medida em que permite à Corte fixar um prazo razoável (a partir do trânsito em julgado ou

mesmo uma outra data após o julgamento) para que a sua decisão tenha eficácia.

Nada obstante se trate de técnica de julgamento prevista para ser utilizada pelo STF, não se pode descartar a sua enorme relevância para os demais Tribunais superiores, os quais também podem ser convocados a proferir decisões com reflexos importantes e inesperados para a sociedade.

Observe-se, ainda, que o Projeto previu expressamente duas hipóteses de modulação dos efeitos: primeiramente, os casos de “alteração da jurisprudência dominante pelo STF e dos tribunais superiores”; e também as situações de “julgamento de casos repetitivos”. É importante que a leitura desse dispositivo seja feita realmente por etapas, a fim de se evitar uma interpretação apressada de que a modulação, para ser aplicada, sempre estaria condicionada à alteração do entendimento jurisprudencial. Não parece ser este o propósito da norma, daí a justificativa para o emprego da partícula “ou”, sugerindo exatamente uma segunda hipótese.

Outrossim, o próprio regramento atual da técnica de modulação (o referido art. 27 da Lei 9.868/1999) não a condiciona à mudança de entendimento dominante no âmbito do STF quando exercita o controle de constitucionalidade.

Com efeito, a técnica da modulação não deve ser empregada apenas nos casos de alteração da jurisprudência dominante; pelo contrário, a mudança de entendimento jurisprudencial é apenas uma das situações em que a modulação pode ser empregada. Para estes casos, no entanto, é fundamental que a Corte justifique razoavelmente a necessidade de alteração da jurisprudência até então dominante e que pode ter servido de base para inúmeros outros julgamentos. É medida que se impõe por questão de segurança jurídica e ainda para a própria confiabilidade do sistema, já que tal modificação de entendimento significa dizer que a própria Corte, numa outra ocasião,

¹² Em termos similares, a técnica da modulação encontra-se presente na Constituição de Portugal no item 4 do art. 282, o qual tem a seguinte redação: “1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a reinstauração das normas que ela, eventualmente, haja revogado. 2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última. 3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido. 4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos nºs 1 e 2”. A matéria foi examinada de forma bastante aprofundada em Portugal por Rui Medeiros (1999).

¹³ O tema da modulação dos efeitos foi explorado por Ana Paula Ávila (2009), para quem tal técnica, quando lastreada no excepcional interesse social, é inconstitucional.

equivocou-se. No sistema da *common Law*, é o que se denomina *overruling*¹⁴.

Como dito alhures, a modulação dos efeitos em razão da mudança de entendimento jurisprudencial é indispensável, porquanto tem o condão de minimizar os “custos” de adequação à nova interpretação judicial da norma.

A possibilidade de modulação dos efeitos quando do julgamento de casos repetitivos (nos recursos extraordinários e especiais repetitivos e ainda nos incidentes de resolução de demanda repetitivas) também deverá revelar-se imprescindível para a estabilidade do ordenamento jurídico. Note-se que, nesse caso, até mesmo os Tribunais de segundo grau estarão autorizados a modular os efeitos de suas decisões quando instados a julgar os incidentes de resolução de demandas repetitivas.

Mesmo tendo o Projeto previsto essas duas hipóteses de modulação, parece existirem outros importantes casos em que devem não apenas os Tribunais superiores como os de segundo grau restar autorizados a empregar a técnica da modulação, justamente por também envolver interesses coletivos. Basta imaginar as Ações Rescisórias envolvendo substitutos processuais (ex., mandado de segurança coletivo, ação popular etc.), nos quais a desconstituição do julgado com efeitos *ex tunc* pode provocar efeitos extremamente maliciosos e nefastos para os substituídos, gerando insegurança e desconfiança no sistema. Pecou por omissão, pois, o Projeto neste aspecto.

2.3. Revisão interna da jurisprudência e legitimidade das decisões

Derradeiramente, já no seu §2º, o art. 847 do Projeto provoca os Tribunais a criarem, através de seus Regimentos Internos, pro-

¹⁴ Explicando tal método de superação de precedentes, Neil Duxbury (2008, p. 117): “When judges overrule a precedent they are declining to follow it and declaring that, at least where the facts of a case are materially identical to those of the case at hand, a new ruling should be followed instead.”

cedimentos autônomos de revisão da sua própria jurisprudência, com a participação de eventuais interessados que possam de alguma maneira contribuir no esclarecimento e debate crítico das matérias que serão levadas a julgamento pela Corte. Trata-se basicamente de repetição do modelo já atualmente praticado no âmbito do exame da repercussão geral das questões constitucionais pelo STF (vide §6º do art. 543-A, CPC/1973) e do julgamento dos recursos especiais repetitivos pelo STJ (v., §4º do art. 543-C, CPC/1973).

Tem-se, em suma, uma tentativa de legitimar as decisões de alcance coletivo. Contudo, a verdadeira legitimidade das decisões judiciais está na sua fundamentação e não na simples possibilidade de participação de interessados no procedimento que antecede o julgamento das questões de interesse coletivo. Não é suficiente franquear-se a participação de interessados se as manifestações destes não são consideradas quando do julgamento da matéria controvertida. Equivoca-se, pois, quem vincula a legitimação dos pronunciamentos da Corte à simples ampliação subjetiva dos participantes da demanda.

3. Precedentes judiciais e tutela da evidência: o futuro inc. IV do art. 285

Distintamente do atual CPC, o Projeto em exame apresenta, num mesmo título, porém em seções diferentes, duas espécies de tutelas provisórias: as tutelas de urgência (cautelar e satisfativa) e a tutela da evidência, as quais podem ser deferidas de maneira antecedente (inclusive com a possibilidade de estabilização¹⁵) ou incidental ao procedimento.

Com tal medida, a comissão de juristas parece ter pretendido solucionar dois problemas de uma vez só, quais sejam: a)

¹⁵ Nessa hipótese, ter-se-ia um procedimento similar às *medidas autossatisfactivas* presentes no direito argentino, cf. BERIZONCE (2002); CARBONE (2004); KIELMANOVICH (2002); PEYRANO (2004).

afastar a antiga confusão feita por parte dos operadores, que praticamente ignoravam as figuras do art. 273 que permitiam antecipar os efeitos da tutela independentemente da presença do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (hipóteses como a do inc. II do art. 273; e do §6º do mesmo art. 273); b) unificar o regime de tratamento das medidas cautelares e das antecipatórias dos efeitos da tutela, algo que grande parcela da doutrina já defendia desde a inclusão do §7º no art. 273 pela Lei n. 10.444/2002.

Além dessa tentativa de simplificação do regime das tutelas provisórias – nomenclatura esta que substituiria tranquilamente a que foi preferida pelo Projeto –, a comissão de juristas aproveitou a oportunidade para promover algumas alterações nas próprias hipóteses em que o magistrado, singular ou integrante de órgão colegiado, está autorizado a prolatar decisão de cunho não definitivo (provisória, portanto).

Foi justamente a situação prevista no inc. IV do art. 285, a qual tem a seguinte redação: “Art. 285. Será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando: (...) IV – a matéria for unicamente de direito e houver *jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante*.”

Trata-se de louvável inclusão, porquanto prestigia as decisões consolidadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, único órgão jurisdicional atualmente autorizado a editar enunciados sumulares vinculantes, e também do Superior Tribunal de Justiça, a quem compete a utilização da técnica dos recursos repetitivos. Veja-se que é necessário ampliar essa última interpretação para englobar também os entendimentos firmados por outros Tribunais quando do “julgamento de casos repetitivos”, mesmo porque o próprio Projeto de NCPC, no seu art. 848, diz que se considera julgamento de casos repetitivos “o do incidente de resolução de demandas repetitivas” e o “dos recursos especiais e extraordinários repetitivos”.

Válido notar que essa interpretação somente parece possível porque, no inc. IV do art. 285 do Projeto de NCPC, o legislador, ao tratar da “tutela da evidência” com base em “jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante”, não fez a mesma restrição que se encontra presente nos incs. I e II do art. 317 do Projeto de NCPC¹⁶ (art. 285-A, CPC/1973), os quais disciplinam o julgamento liminar de improcedência do pedido e que expressamente se referem ao STF e ao STJ, impondo uma exegese restritiva do mandamento legal.

Não soa lógico, realmente, que um magistrado não possa prolatar uma decisão de cunho provisório em favor de uma das partes (é que tanto autor como réu podem postular as tutelas provisórias) mesmo sabendo que o direito perseguido já foi objeto de enunciado sumular vinculante da mais alta Corte de Justiça do país ou que a mesma tese jurídica objeto da demanda já foi acolhida em recurso repetitivo no âmbito do STJ ou do próprio STF.

Ainda assim, pela literalidade do atual CPC, notadamente do art. 273, não basta, *verbi gratia*, a existência de entendimento vinculante objeto de Súmula do Supremo. Faz-se necessário ainda o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação; ou o abuso do direito de defesa ou o comprovado propósito protelatório por parte do réu; ou um pedido (ou parcela do mesmo) incontroverso. Quando muito, o magistrado pode tentar abreviar o *iter* processual

¹⁶ Veja-se a redação do futuro art. 317: “Art. 317. Independentemente de citação do réu, o juiz rejeitará liminarmente a demanda se: I – manifestamente improcedente o pedido, desde que a decisão proferida não contrarie entendimento do *Supremo Tribunal Federal* ou do *Superior Tribunal de Justiça*, sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos; II – o pedido contrariar entendimento do *Supremo Tribunal Federal* ou do *Superior Tribunal de Justiça*, sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos; III – verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição; § 1º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença. § 2º Aplica-se a este artigo, no que couber, o disposto no art. 316.”

julgando antecipadamente a lide, com base na regra do art. 330, inc. I¹⁷.

É de se ter cautela, todavia, para não ampliar irresponsavelmente o conteúdo da expressão “jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos”. Tal expressão deve levar em consideração, sempre que possível, a *jurisprudência* do órgão jurisdicional mais qualificado para interpretar a matéria jurídica posta em exame. Assim sendo, é impensável que um magistrado de primeira instância possa deferir uma *tutela da evidência* com base em entendimento de um Tribunal de segundo grau (federal ou estadual) mesmo sabendo da existência de jurisprudência contrária do Superior Tribunal de Justiça ou baseando-se apenas em repetidos casos que tenham sido julgados pelo próprio órgão singular¹⁸. Não é, definitivamente, essa a *ratio* da norma em destaque. Do contrário, todavia – ou seja, existindo jurisprudência firmada em casos repetitivos apenas no âmbito de um Tribunal de segundo grau ou estando esta em consonância com o entendimento de um Tribunal Superior –, deverá (e não simplesmente poderá) o magistrado singular deferir a medida em favor da parte a quem a jurisprudência beneficia¹⁹.

Observe-se, outrossim, que, a princípio, o legislador não previu para o deferimento da tutela da evidência, sob qualquer dos seus quatro incisos, a possibilidade de préstimo de caução real ou fidejussória,

¹⁷ Vide LIMA (2009).

¹⁸ Essa interpretação não destoa daquela que a maior parte da doutrina assentou quando instada a se pronunciar sobre o alcance da regra do art. 285-A (CPC/1973), que versa acerca do julgamento liminar de improcedência do pedido inaugural, acrescida pela Lei n. 11.277/2005.

¹⁹ Em situações restritas, parece razoável que o magistrado não defira a tutela da evidência ou mesmo postergue a apreciação de um pedido desta natureza, a saber: estando em aberto discussão, *v.g.*, no âmbito do STF, acerca de pedido de revisão de enunciado sumular vinculante com votação já iniciada e tendenciosa à mudança do entendimento dantes sumulado; ou havendo fortes indícios de alteração de jurisprudência de Tribunal Superior em relação à tese jurídica adotada em determinados casos repetitivos.

distintamente do que pode ser exigido para com as tutelas de urgência (parágrafo único do art. 283, Projeto NPCP). Todavia, neste ponto, parece ter havido um mero lapso legislativo, porquanto é da própria natureza das tutelas não definitivas (ou simplesmente de caráter provisório) a previsibilidade de préstimo de caução, notadamente para garantir o retorno ao *status quo ante* em caso de reversão da medida.

Ademais, se até mesmo no regime de execução provisória das sentenças se prevê a possibilidade da exigência de caução pelo juiz, quando haja risco de grave dano à parte (vide art. 491, Projeto NCPC)²⁰, não haveria razão para que se dispensasse o préstimo de caução quando do cumprimento das “tutelas de evidência”, que ainda não gozam da mesma estabilidade das tutelas definitivas (como as sentenças). Acresça-se ainda que o art. 281 do Projeto de NCPC é enfático em aduzir que a “efetivação da medida observará, no que couber, o parâmetro operativo do cumprimento da sentença e da execução provisória”. Logo, é clara a opção legislativa por equiparar, na medida do possível, o cumprimento das tutelas da evidência com o regime de cumprimento definitivo e provisório das sentenças.

Exceções são feitas expressamente pelo legislador no novel §2º do art. 491, o qual permite ao magistrado dispensar o préstimo de caução quando o crédito for de natureza alimentar, quando o credor demonstrar situação de necessidade e de impossibilidade de prestar caução, quando houver agravo de instrumento no Supremo

²⁰ “Art. 491. A execução da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo sujeita-se ao seguinte regime: I – corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; II – fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos; III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao réu dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.”

Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça ou, ainda, quando a sentença for proferida com base em súmula vinculante ou estiver em conformidade com julgamento de recursos repetitivos. É válida a extensão dessa regra também no que concerne à efetivação das tutelas da evidência, *ex vi* do art. 281 do Projeto NCPC.

Em vista do que acima foi observado, é possível concluir que o futuro inc. IV do art. 285 representa de fato um avanço, na medida em que, além de despertar os operadores a respeito da força dos enunciados vinculantes e dos entendimentos firmados nos casos repetitivos, abreviará a tutela satisfativa perseguida em causas desprovidas, por exemplo, de *periculum in mora*.

A mora da atividade jurisdicional só interessa àqueles que não dispõem de bons argumentos jurídicos, não se podendo mais permitir que esses jurisdicionados continuem a lograr vantagens pela lentidão das causas. É necessário romper definitivamente com a confiança que os litigantes de má-fé possuem na inoperância do sistema processual.

É essa a principal perspectiva que o “processo virtual” tem transmitido não apenas aos operadores do direito como aos jurisdicionados em geral: a ideia de celeridade, sem olvidar da segurança. E o art. 285, em especial sob a ótica do inc. IV, tem amplas condições de fortalecer e concretizar o ideal de justiça que se espera do *processo*.

4. Precedentes judiciais e remessa (des) necessária: o futuro §3º do art. 478

Ainda na onda de prestígio dos precedentes judiciais, notadamente daqueles oriundos dos Tribunais Superiores, o Projeto de NCPC inovou no regime de tratamento dispensado à denominada remessa (reexame) necessária (oficial)²¹,

²¹ Discorrendo sobre o reexame necessário, Fredie Didier Jr. e Leonardo J. Carneiro da Cunha (2011, p. 487): “O reexame necessário não é um recurso, exatamente por não estar previsto no Código de Processo

que sujeita ao duplo grau de jurisdição as sentenças proferidas em desfavor do Poder Público (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público).

A alteração fundamental está na desnecessidade da remessa oficial em duas ocasiões contidas, respectivamente, nos §§ 2º e 3º do art. 478 do Projeto NCPC, mais amplas que as dos atuais §§ 2º e 3º, art. 475 (CPC/1973), quais sejam: quando a condenação ou o direito controvertido for de valor certo não excedente *a mil salários mínimos*, inclusive no caso de procedência de embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor; ou quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal, em súmula desse Tribunal ou de tribunal superior competente, *bem como em orientação adotada em recurso representativo da controvérsia ou incidente de resolução de demandas repetitivas*.

Para os fins deste artigo, interessa mais de perto o estudo da segunda alteração, muito embora se reconheça a importância da primeira delas, a qual, acaso mantida sua redação, em especial no que tange ao valor econômico envolvido na demanda (mil salários mínimos) para fins de dispensa da remessa oficial, trará enormes reflexos na prática forense. Isso porque desafogará, certamente, os Tribunais, que somente intervirão nas causas de maior repercussão econômica em que a Fazenda Pública for vencida ou naquelas, obviamente, em que houver recurso voluntário por parte do ente fazendário sucumbente.

Civil, não atendendo, portanto, à regra da taxatividade. (...) O reexame não contém os pressupostos próprios dos recursos. De fato, além de não atender à regra da taxatividade, o reexame não está sujeito a prazo, faltando ao juiz legitimidade e interesse em recorrer. (...) O reexame necessário condiciona a eficácia da sentença à sua reapreciação pelo tribunal ao qual está vinculado o juiz que a proferiu. Enquanto não for procedida à reanálise da sentença, esta não transita em julgado, não contendo plena eficácia.”

Relativamente à mudança contida no §3º do futuro art. 478 (Projeto NCPC), verifica-se que se alargaram as hipóteses de dispensa do reexame necessário para os casos em que a decisão adotada pelo juízo singular estiver em consonância com a orientação adotada em recurso representativo da controvérsia ou incidente de resolução de demandas repetitivas.

Isso implica dizer que, além das conhecidas situações de desnecessidade do reexame necessário, quais sejam, quando a sentença estiver de acordo com súmula ou jurisprudência do plenário do STF ou ainda com súmula de outro Tribunal superior, outras duas hipóteses foram acrescentadas pelo legislador reformista, tornando desnecessário o reexame quando a decisão adotar a mesma tese jurídica.

Importante perceber que os recursos representativos da controvérsia, na sistemática do Projeto de NCPC, são os recursos especiais e extraordinários de cunho repetitivo, os quais têm seu processamento e julgamento regulamentados pelos arts. 953 e ss. do Projeto de NCPC, que nada mais são, em sua grande maioria, do que uma repetição das regras atualmente previstas nos arts. 543-A, 543-B e 543-C do CPC/1973.

Tornou-se, portanto, desnecessária a remessa para os casos em que a decisão de primeiro grau adotou a mesma tese jurídica aplicada pelo STF ou pelo STJ no julgamento, respectivamente, de um recurso extraordinário ou especial repetitivo.

Poderia, no entanto, ter ido além o Projeto e ter previsto a desnecessidade do reexame para os casos em que já houvesse jurisprudência consolidada por um Tribunal Superior, já que nem todas as matérias pacificadas no âmbito, *v.g.*, do Superior Tribunal de Justiça são objeto de enunciado sumular da Corte, tampouco são afetadas ao regime dos recursos repetitivos²².

²² De absoluta coerência as críticas formuladas por Fredie Didier Jr. e Leonardo J. Carneiro da Cunha (2011, p. 496-497.): “Já é pacífico, como se viu, que, havendo o reexame necessário de sentença fundada

Não é compreensível também o motivo que levou a comissão de juristas a restringir as hipóteses de negativa de seguimento monocrático aos recursos (art. 853, inc. III, Projeto de NCPC²³; art. 557, CPC/1973), fazendo desaparecer a faculdade do relator de negar seguimento a recurso tirado de decisão em consonância com *jurisprudência dominante* do Tribunal local, regional ou superior.

O dispositivo em comento ainda dispensa a remessa das sentenças que tenham firmado o mesmo entendimento sufragado nos incidentes de resolução de demandas repetitivas (arts. 895 e ss. do Projeto); incidentes estes que podem ter sido julgados no âmbito dos Tribunais locais/regionais e nos Tribunais superiores. Nesse ponto, nada mais coerente do que afastar o reexame, já que o art. 903 que está por vir é claro ao anunciar que “julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito”. Logo, se necessário fosse o reexame, estar-se-ia apenas eternizando uma questão de resultado já conhecido, atentando contra princípios básicos do processo e tornando de pouca utilidade a figura do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Certo é, todavia, que a decisão proferida num incidente de resolução de demandas repetitivas, para fins de dispensa da remessa necessária, deve estar apta a produzir efeitos. Noutras palavras, não pode estar suspensa por qualquer motivo, inclusive pela interposição de recurso especial ou

em súmula ou jurisprudência dominante, poderá o relator negar-lhe seguimento, com esteio no art. 557, CPC. Em tal hipótese, a determinação da remessa obrigatória constituirá mero exercício de inutilidade, servindo, apenas, para enviar ao tribunal mais um processo que consumirá a atividade de servidores, mobilizando toda uma estrutura para, chegando ao gabinete do relator, ter seu seguimento negado.”

²³ Art. 853. Incumbe ao relator: (...) III - negar seguimento a recurso inadmissível, prejudicado ou que afrontar: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, de tribunal superior ou do próprio tribunal; b) decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ou por tribunal superior em julgamento de casos repetitivos; (...).

extraordinário, os quais, nestes casos, são dotados de efeito suspensivo *ex lege* (art. 905, Projeto NCPC)²⁴. Até porque, em havendo a interposição de recursos dessa natureza e dado o efeito suspensivo *ex lege* a eles emprestados, deverão ficar suspensos os processos pendentes, em primeiro e segundo grau (art. 899 do Projeto)²⁵.

5. Conclusões

Em tom conclusivo e de arremate nessas primeiras impressões, verifica-se que o Projeto de Novo Código de Processo Civil passa a adotar uma outra postura em relação ao papel a ser desempenhado pelos precedentes judiciais em relação aos órgãos jurisdicionais. Tanto é verdade que o art. 847, nos seus cinco incisos e dois parágrafos, destina-se primordialmente a estimular o seguimento da jurisprudência consolidada dos Tribunais superiores pelos órgãos *a quo*, buscando ainda a coerência entre os diferentes atores da atividade judicante em favor da segurança e da estabilidade do sistema.

O Projeto, no entanto, foi tímido, *v.g.*, no que respeita à modulação temporal dos efeitos das decisões. Apesar de ter expressamente previsto a utilidade desta técnica para as hipóteses de alteração de jurisprudência dominante e também para o julgamento de casos repetitivos, parece não permitir o seu uso quando do julgamento de outras demandas/recursos que

²⁴ 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.

²⁵ Art. 899. Admitido o incidente, o presidente do tribunal determinará, na própria sessão, a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo grau de jurisdição. *Parágrafo único*. Durante a suspensão poderão ser concedidas medidas de urgência no juízo de origem.

envolvam interesses coletivos, limitando, assim – não se sabe se propositadamente ou não –, a atuação das Cortes em inúmeras situações em que o interesse social e/ou a segurança jurídica estivessem clarividentes. Está por escapar, talvez, uma excelente oportunidade de se corrigir uma lacuna no sistema.

A título ilustrativo do prestígio dos precedentes judiciais no Projeto de NCPC, têm-se as figuras da tutela da evidência do inc. IV do art. 285 e a remessa (des)necessária do §3º do art. 478.

Pela primeira, o magistrado pode deferir tutela provisória de natureza cautelar ou satisfativa com base na jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos (recursos especiais e extraordinários afetados à sistemática dos recursos repetitivos; e, ainda, o incidente de resolução de demandas coletivas), independentemente da presença do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Nesses casos, caberá ao magistrado avaliar a necessidade ou dispensa do préstimo de caução pelo requerente da tutela da evidência, considerando ser esta a exegese colhida dos arts. 281, 283, parágrafo único, e 491, todos do Projeto de NCPC.

Enquanto pela segunda, tornou-se desnecessária a remessa oficial quando a sentença contrária aos interesses do Poder Público (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, suas autarquias e fundações de direito público) estiver acorde com súmula ou jurisprudência do plenário do STF, ou súmula de Tribunal superior ou, ainda, conforme a tese firmada no julgamento de casos repetitivos. Isso implica dizer que a quantidade de remessas oficiais será inversamente proporcional à quantidade de enunciados sumulares editados ou casos repetitivos julgados pelos Tribunais superiores em desfavor do Poder Público.

Inúmeras outras modificações foram incorporadas no Projeto de NCPC que estão intimamente relacionadas com a figura dos precedentes judiciais (*e.g.*, o

procedimento do incidente de resolução de demandas repetitivas, o julgamento imediato de conflito de competência pelo relator, os julgamentos monocráticos dos recursos etc.), mas que demandariam uma análise mais aprofundada e que refugiria aos limites do presente trabalho.

Referências

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A repercussão geral e o novo papel do STF. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 50, p. 60-66, 2007.

ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BERIZONCE, Roberto Omar. La tutela anticipatoria em Argentina. In: GREIF, Jaime (Coord.). *Medidas cautelares*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2002.

CARBONE, Carlos Alberto. Consideraciones sobre el nuevo concepto de “fuerte probabilidad” como recaudo de las medidas autosatisfactivas y su proyección hacia un nuevo principio general de derecho de raíz procesal. In: PEYRANO, Jorge W. (Coord.). *Medidas autosatisfactivas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectiva histórica, dogmática e de direito comparado; questões processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIDIER JUNIOR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo J. Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação das decisões judiciais e processos nos tribunais*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. v. 8.

DUXBURY, Neil Duxbury. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008.

GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008.

KIELMANOVICH, Jorge L. Teoria del proceso cautelar. In: GREIF, Jaime (Coord.). *Medidas cautelares*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2002.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador: JusPodivm, 2009.

MARCATO, Antônio Carlos. *Crise da justiça e a influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*. 2008. Tese apresentada para o concurso ao cargo de Professor Titular de direito processual civil do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: _____. (Coord.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Salvador: Juspodivm, 2010.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 1999.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

OTEIZA, Eduardo. El problema de la uniformidad de la jurisprudencia em America latina. *Revista de processo*, São Paulo, n. 136, 2006.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformização*. São Paulo: Atlas, 2006.

PEYRANO, Jorge W. Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas. In: PEYRANO, Jorge W. (Coord.). *Medidas autosatisfactivas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1990.

SINCLAIR, Michael. Precedent, super-precedent. *George Mason Law Review*, Arlington, v. 14, n. 2, 2007.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à sumula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TUCCL, José Rogério Cruz e. *O Advogado, a Jurisprudência e outros temas de Processo Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da Lei e de precedentes: civil law e common law. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 893, 2010.

Inovações no processo civil brasileiro

Objetivação, racionalização e redução dos custos de acesso à jurisdição civil

Ulisses Schwarz Viana

Sumário

1. Introdução. 2. O acesso à jurisdição: dificuldade de conceituação e suas implicações sociais. 3. A noção de “custo” no direito e suas implicações no acesso à jurisdição civil. 4. Dois novos instrumentos na perspectiva de objetivação da jurisdição civil no Anteprojeto do novo Código de Processo Civil e seus esperados efeitos na redução do custo de acesso à jurisdição. 5. Conclusão.

1. Introdução

Este ensaio jurídico se propõe a realizar uma análise não estritamente processual das propostas inovadoras do anteprojeto do novo código de processo civil, colocando-a em um contexto mais amplo para averiguar as possibilidades funcionais no campo da redução dos custos sociais e econômicos do acesso à jurisdição civil por meio da introdução de novos mecanismos procedimentais de resolução das demandas de massa e do julgamento objetivado de recursos repetitivos.

Esta proposta surge como uma forma de homenagear as iniciativas inovadoras do Anteprojeto que, sem grandes indagações, representam um passo decisivo rumo à superação da perspectiva formalista que tem ainda inspirado a cultura jurídica brasileira e uma abertura do processo civil pátrio a uma maior efetividade e utilidade social, superando o quadro de produção

Ulisses Schwarz Viana é Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Professor da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul.

de prejuízos socioeconômicos pela crônica lentidão do sistema judiciário.

O Anteprojeto do novo Código de Processo Civil apresentado ao Senado da República, elaborado por uma comissão de notáveis juristas, representa desse modo o momento de mutação e de evolução da sociedade brasileira às voltas com a necessidade de consolidação e aprofundamento da democracia, agora debatida no campo do processo civil. A democratização do acesso à jurisdição civil e a redução de seus custos sociais e econômicos ganham ênfase na proposta histórica que introduz novos institutos, como o incidente de coletivização do processo com a resolução uniforme e eficiente das demandas de massa, como no caso do incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (art. 895 e ss.), que apontam para um impulso de superação da modelagem formalista e subjetivista de casos solucionados em processos notoriamente repetitivos, somente com eficácia *inter partes* e *intra processum*; o que há muito permeia e atravanca o processo civil brasileiro.

O anteprojeto, assim, surge marcado pela supressão dos excessos procedimentais e redução numérica dos recursos, que são inclusive apontados como causas de morosidade na prestação jurisdicional e, como consequência, de insatisfação social com os produtos decisórios do sistema processual. Pior ainda, quando se percebe de alguma forma sua 'inacessibilidade' (traduzida como custos desproporcionais e inefetividade), quando mais se precisa da tutela da jurisdição estatal.

Essas questões extrapolam, sem necessidade de grandes digressões, o campo da teoria do processo civil, e em horizonte ampliado demandam a observação dos fatos pela ótica da análise dos custos do acesso à jurisdição civil, com enfoque nas repercussões (extraprocessuais) econômicas e sociais, como também da necessidade de afirmação e concretização rápida, eficiente e útil dos direitos fundamentais, entre eles o da *razoável duração do processo* (art. 5º,

LXXVIII, da Constituição de 1988 [EC nº 45/2004]).

O presente ensaio é um *approach* interdisciplinar das possibilidades do aperfeiçoamento do processo civil no campo da redução dos custos da jurisdição civil, que se propõe de forma prospectiva e evolutiva no Anteprojeto do novo Código de Processo Civil porque seu texto parte do reconhecimento da crescente hipercomplexidade social, com o crescimento de novas demandas sociais que precisam e devem ser processadas de forma célere, mas juridicamente segura, como resposta satisfatória do sistema jurídico-processual à sociedade brasileira.

Para tanto, é inarredável a incorporação das novas relações sociais e novas formas de vida, com seus correlatos problemas e conflitos também novos. Daí a necessidade de um novo processo civil que se adapte a esse admirável quadro sociológico emergente de forma inclusiva, democrática e eficiente.

Essa eficiência do sistema processual, por sua vez, deve traduzir-se em redução drástica dos custos socioeconômicos do acesso da sociedade à jurisdição civil, por meio de instrumentos processuais *objetivados*, para a promoção da coletivização do processo e do funcionamento adequado do Poder Judiciário brasileiro, colocado de certa forma como *agente social* fomentador do progresso econômico e de transformação da sociedade.

2. O acesso à jurisdição: dificuldade de conceituação e suas implicações sociais

A questão da efetividade da jurisdição é de grande complexidade por seus reflexos inclusive extrajurídicos, como quando colocada a questão sobre seus efeitos para fora do processo e suas repercussões nos custos econômicos e sociais que serão tratados adiante, ainda porque, mesmo no plano conceitual, a dogmática processual tem encontrado dificuldade na própria

conceitualização e definição da expressão “acesso à Justiça”.

A dificuldade de definição do que seja o acesso à Justiça foi reconhecida por CAPELLETTI e GARTH (1988, p. 8) ao proclamarem, de modo sintético, que:

“A expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado.”

O fato é que se assistiu no Brasil, após a Constituição de 1988, ao enorme crescimento da demanda social por amplo acesso à jurisdição ao ter-se erigido o Poder Judiciário à posição de verdadeira “câmara de descompressão” dos conflitos sociais e guardião último da legalidade e das liberdades e garantias democráticas; o que surge da leitura do inciso XXXV do art. 5º da Constituição, que de uma forma solene declara: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”.

Este quadro atual nos conduz a uma reflexão que deve ser caracterizada pelo abandono das pretensões teóricas que geraram um acesso meramente formal à jurisdição, que não se traduziram em efetividade material do direito-garantia do acesso à Justiça.

Sempre foram construídos somente meios processuais de acesso ao Poder Judiciário, pois a prática do dia a dia se fixou no aspecto da utilização de ações e remédios processuais, constitucionais e legais, sem antes preocupar-se com o acesso a um processo efetivo, célere e seguro; o que caracteriza, a nosso ver, o direito a uma prestação jurisdicional substancial.

O acesso à Justiça, assim, não pode ser visto somente como a admissão em juízo, mas, sim, como adverte CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (1994, p. 319), ao falar da efetividade do processo, que:

“São quatro os aspectos fundamentais da problemática da efetividade do processo: a) admissão em juízo; b) modo-de-ser do processo; c) critérios de julgamento (ou justiça nas decisões); d) a efetivação dos direitos (ou utilidade das decisões).”

DINAMARCO (1994, p. 319) acrescenta:

“O Poder Judiciário brasileiro tem tido sua legitimidade arranhada pela crônica demora e custos elevados, entre os males de difícil superação (disse-se, até, que ele é o ‘refúgio da impunidade’); mas a sólida consistência interna do sistema e o próprio fato de a população sentir que necessita do seu serviço mantém a sua legitimidade.”

Não se pode rechaçar que a situação crítica vivida pela Jurisdição no Brasil, envolvida numa crônica inefetividade, com baixa utilidade (eficiência) final na tutela dos direitos, conduz-nos, como sociedade, à busca de alternativas viáveis e realistas.

O acesso à Justiça, desse modo, não pode ser visto por ângulo formalista, como apenas o direito à utilização dos instrumentos disponíveis no sistema processual, mas também, e até mais importante, o acesso a uma prestação jurisdicional material e economicamente útil, porque efetiva e célere, além de segura.

Movida por esse espírito, a Emenda à Constituição n. 45/2004 acresceu ao art. 5º da Constituição de 1988 o inciso LXVIII⁶⁶. Desse acréscimo textual exurgiu uma nova garantia constitucional fundamental, concernente ao direito à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

É de ser apontado que, na verdade, o constituinte brasileiro tardou em incorporar esse direito fundamental – com natureza complementar do inciso XXXV do art. 5º – à Constituição, isso quando, em 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas fez constar no artigo VIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos que: “Toda pessoa tem direito a receber dos

tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”.

Curioso notar que o novo dispositivo inserido no catálogo dos direitos e garantias fundamentais traz consigo o reconhecimento, quase que manifestamente declarado, da acima mencionada falta de celeridade e inviabilização operacional da jurisdição no Brasil. Chegou a tal ponto a situação que o Constituinte Reformador, na EC n. 45, resolveu, numa manifestação, a nosso ver, ainda colocada no plano simbólico¹, afirmar politicamente a necessidade de mudança e de busca de alternativas para a jurisdição no Brasil.

Ao contextualizar a questão, ver-se-á que inevitavelmente se coloca a questão da adoção de institutos processuais que produzam a *objetivação* do processo quanto a temas jurídicos que possam reproduzir em demandas massificadas e múltiplas, utilizando-se dos mecanismos da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante, já amplamente utilizados no processo do controle de constitucionalidade (Leis n^{os} 9.868/1999 e 9.882/1999), como meios de produção de maior grau de segurança ao uniformizar a jurisprudência sobre temas jurídicos relevantes, impedindo a exponencial reprodução de processos e recursos sobre a mesma questão jurídica.

Tornou-se, assim, imperativa a criação de técnicas processuais de perfil inovador para provocar uma mudança paradigmática no panorama geral do processo civil brasileiro, com novos instrumentos processuais dotados de efeito vinculante e de eficácia *erga omnes*, o que propiciará a depuração de temas e questões jurídicas com potencial multiplicador que necessitem de julgamentos coletivizados e homogêneos, como se vê no Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, nas novas figuras

¹ Sobre a concepção da natureza simbólica do Direito, veja-se, no Brasil, Marcelo Neves (2007), e, na Alemanha, Andreas Zielcke (1980).

processuais do incidente de resolução de demandas repetitivas e do incidente de recursos repetitivos no recurso extraordinário e no recurso especial, que serão observados detidamente em momento oportuno.

Tal situação, cremos, produzirá paralelamente um efeito sistêmico na celeridade efetiva do fluxo decisório das instâncias ordinárias, não de modo isolado, mas também associada a outros instrumentos que venham a ser criados no processo legal.

Só assim tornar-se-á efetivo o direito fundamental ao prazo razoável à duração do processo (inciso LXXVIII do art. 5^o da Constituição de 1988), que já vinha sendo objeto de tentativas de efetivação por meio da preservação da autoridade da legislação federal e de sua uniformização jurisprudencial. Foi, então, editada a Lei n. 11.672, de 8 de maio de 2008, que introduziu procedimento (o art. 543-C do Código de Processo Civil) com vistas a evitar a proliferação de recurso sobre temas repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e da própria repercussão geral da questão constitucional regulada pela Lei n. 11.418/2006.

Após essa digressão preparatória, passa-se para o tratamento do tema proposto em uma visão não muito usual no direito brasileiro: a questão da relação de custos e benefícios da adoção de instrumentos *objetivados* de decisão de questões jurídicas idênticas inseridas em demandas isomórficas, por meio de mecanismos processuais dotados de efeito vinculante e eficácia geral (*erga omnes*).

Sem essa atividade criativa do legislador processual, não se pode abrir caminho para uma via de superação da crônica ineficiência e morosidade da prestação jurisdicional, que implica mudanças estruturais do processo civil com vistas a sua superação.

Dentro desse enfoque, como neste ensaio se busca contextualizar, há de ser feita reflexão pragmático-funcional da questão do acesso à Justiça, como direito à duração razoável do processo, que deve envolver as

possibilidades de aprimoramento do sistema jurídico-processual com enfoque mais próximo da realidade econômico-financeira do Estado. E, paralelamente, dos custos socioeconômicos suportados pelos indivíduos, em suas relações jurídicas intersubjetivas. E, por que não, das consequências negativas que atingem de um modo mais direto a sociedade como um todo.

3. A noção de “custo” no direito e suas implicações no acesso à jurisdição civil

A introdução da noção de ‘custos’ no raciocínio jurídico não é nova. Nos Estados Unidos da América, desenvolveu-se influente corrente dedicada ao estudo da análise econômica do direito, conhecida como escola do *Law and Economics*. Nela introduziu-se, além de várias concepções econômicas, a questão dos custos dos direitos e sua implicação no raciocínio jurídico.

No direito brasileiro, encontramos a lição de FLÁVIO GALDINO (2005, p. 239) no sentido de que:

“A tentativa de inserção dos custos dos direitos na análise jurídica, até mesmo sob o prisma conceitual, não revela senão a tentativa de incluir no raciocínio jurídico os inolvidáveis resultados das análises econômicas. Evidentemente a ideia de relacionar direito e economia não é nova, embora seja praticamente desconsiderada entre nós.”

Digna de menção é a interessante tese de HOLMES e SUNSTEIN (2000, p. 43-44) sobre o problema do custo dos direitos. Esses autores fazem uma instigante análise do custo da utilização dos remédios judiciais de proteção aos direitos, introduzindo a seguinte perspectiva:

“Os direitos têm custos porque as tutelas jurisdicionais têm custos. Sua execução é cara, particularmente uma execução uniforme e adequada; os direitos legalmente conferidos são ‘ocoso’ enquanto permanecem sem

execução. Diferentemente formulado, quase todo direito implica em obrigação correspondente, e as obrigações só são levadas a sério quando o descumprimento é punido pelo poder público que é custeado pelos cofres do Estado. Não existem direitos legalmente executáveis na ausência de obrigações legalmente compulsórias, isso porque a lei só pode ser permissiva enquanto simultaneamente obrigatória. É dizer, as liberdades individuais não podem ser asseguradas meramente pela limitação da interferência estatal nas liberdades de atuação e de associação.”²

A despeito de não concordarmos plenamente com a ideia de que todo e qualquer direito é vazio se não for tutelado (“... *and legal rights are hollow to the extent that they remain unenforced*”), o fato é que, no caso particular do direito de ação (com a consequente garantia de acesso à jurisdição), custos econômicos estão sempre envolvidos para as partes, como também representam uma carga orçamentário-financeira ao Estado, na manutenção de uma vasta e complexa estrutura judiciária devidamente aparelhada, material e humanamente, para o mister de assegurar, por meio de uma tutela jurisdicional, o exercício dos direitos, tanto individuais quanto metaindividuais.

Outra ideia peculiar e interessante de HOLMES e SUNSTEIN diz respeito a que para eles não existem direitos negativos (*Abwehrrechte*), mas tão somente direitos positivos.

² Tradução livre do autor deste ensaio – texto original em inglês: “Rights are costly because remedies are costly. Enforcement is expensive, especially uniform and fair enforcement; and legal rights are hollow to the extent that they remain unenforced. Formulated differently, almost every right implies a correlative duty, and duties are taken seriously only when dereliction is punished by the public power drawing on the public purse. There are no legally enforceable rights in the absence of legally enforceable duties, which is why law can be permissive only by being simultaneously obligatory. That is to say, personal liberty cannot be secured merely by limiting government interference with freedom of actions and association”.

Por esse raciocínio, os direitos seriam positivos em razão do fato de que a garantia do exercício de todo direito envolveria custos, o que, a nosso ver, corresponde à vetusta dicotomia segundo a qual a cada direito corresponde uma obrigação/dever.

Esses custos estariam ligados à necessidade de manutenção pelo Estado de serviços públicos que garantiriam o acesso e o exercício dos direitos, não somente estaria o Estado numa posição passiva de não interferir no direito à autonomia e liberdades individuais (liberdades negativas). O Estado, nessa perspectiva, tem a clara função de garantir o acesso aos meios de proteção assecuratórios (prestações estatais) dos direitos conferidos na ordem jurídica.

O propósito deste ensaio não permite adentrar a questão ampla de discutir se todos os direitos seriam ou não positivos; entretanto, não há como deixar de apontar o fato de que é difícil negar que o exercício da garantia de acesso à Justiça enquadrar-se-ia adequadamente na concepção de direito positivo, se colocado dentro da perspectiva peculiar de HOLMES e SUNSTEIN. Pois, não se duvida que o exercício do direito de acesso à Justiça envolve uma atividade estatal positiva (pela atuação efetiva dos órgãos jurisdicionais estatais).

Não há como não reconhecer, portanto, o fato de que a atividade jurisdicional, que realiza de fato o direito de acesso à Justiça, envolve custos financeiro-orçamentários, econômicos e sociais (principalmente na esfera das relações intersubjetivas das partes demandantes).

Tanto que HOLMES e SUNSTEIN (2000, p. 45-46), no que guarda respeito ao direito de obtenção de uma tutela jurisdicional efetiva e garantidora de um direito ameaçado, claramente propõem a seguinte lógica, no sentido do caráter positivo do acesso à Justiça:

“Quando o titular de um direito é lesado, ele pede geralmente a tutela a juiz remunerado pelos contribuintes. Para obter a tutela jurisdicional, que

é uma forma de ato estatal, a parte lesada exerce seu direito de usar o sistema de litigância financiado publicamente, o qual deve ser mantido imediatamente disponível para este propósito. Ser titular de um direito, como dito, é sempre estar na posição de tornar-se autor de uma ação ou mesmo um recorrente. Os direitos podem ser aviltados, como consequência, ao tornar-se mais difícil aos demandantes obter a reparação perante o juiz. Um modo de fazê-lo é privar os Tribunais de seus recursos financeiros. Para pleitear com sucesso um direito, em contraste, é preciso pôr em movimento a máquina coercitiva e corretiva do poder público. Esta máquina é cara de operacionalizar, e os contribuintes devem suportar os custos. Este é um dos sentidos pelo qual até mesmo os direitos aparentemente negativos são, na realidade, benefícios providos pelo Estado.³”

Nessa visão, é digna de registro iniciativa do Superior Tribunal de Justiça que, por meio de um sistema de cálculo (Sistema Prisma), buscou apurar os custos (financeiros), em base anual e individualizada, das ações originárias propostas e dos recursos interpostos perante ela. Tal fato foi objeto de notícia⁴ veiculada pelo próprio Superior

³ Tradução livre do autor deste ensaio. Texto original em inglês: “When the holder of a legal right is wronged, he may usually petition a taxpayer-salaried judge for relief. To obtain a remedy, which is a form of government action, the wronged party exercises his right to use the publicly financed system of litigation, which must be kept readily available for this purpose. To have a right, it has been said, is always to be a potential plaintiff or appellant. Rights can be retrenched, as a consequence, by making it harder for complainants to seek vindication before a judge. One way to do this is to deprive courts of their operating funds. To claim a right successfully, by contrast, is to set in motion the coercive and corrective machinery of public authority. This machinery is expensive to operate, and the taxpayer must defray the costs. That is one of the senses in which even apparently negative rights are, in actuality, state-provided benefits”.

⁴ Disponível em <www.stj.gov.br>, no link Sala de Notícias. Publicado em 26 de março de 2008.

Tribunal de Justiça, em seu sítio na *internet*, a qual se transcreve parcialmente:

“Tribunal calcula quanto cada processo custa para a sociedade

O que é mais caro, julgar um *habeas-corporis* ou um recurso especial?

Quanto custa para os cofres públicos a tramitação de um processo no Superior Tribunal de Justiça? A Coordenadoria de Auditoria da Secretaria de Controle Interno do STJ fez as contas. No ano passado, do universo de processos analisados, os *habeas-corporis* permaneceram, em média, 159 dias no STJ ao custo de médio de R\$ 871,95. Já um recurso especial teve valor médio de R\$ 798,00 com permanência de 160 dias. Os agravos de instrumento representaram 51,32% dos processos avaliados. Eles ficaram, em média, 124 dias no STJ ao custo de R\$ 651,05. O coordenador de auditoria, Alfredo Wagner de Andrade, explica que o cálculo é feito para cada processo individualmente e que não é raro encontrar valores discrepantes. Já houve recurso especial que ficou no STJ apenas dois dias e custou R\$ 10,00. Em outro caso, o mesmo tipo de processo ficou 622 dias na Casa e custou R\$ 3.627,97. As primeiras avaliações de custo processual foram feitas com causas que chegaram ao STJ depois de 1º/4/2006 e foram encerradas no exercício de 2007. Ao todo foram analisados 228.396 processos. Eles ficaram, em média, 147 dias em tramitação, ao custo médio de R\$ 762,72 cada um. Para fazer esses cálculos, a Coordenadoria de Auditoria desenvolveu uma inovadora ferramenta de avaliação de custos. É o Sistema Prisma, o primeiro mecanismo de medição de custos do Poder Judiciário. [...]. A análise começa com a definição dos custos de cada unidade do STJ envolvidas na missão de julgar e também das áreas de apoio,

indispensáveis para o funcionamento do Tribunal. [...]. Esse cálculo leva em consideração os gastos com pessoal, material, depreciação de equipamentos e outras despesas de custeio, como água, energia e limpeza. O principal vetor de custos do processo é o tempo de permanência no Tribunal, considerando da entrada no STJ ao arquivamento ou baixa. A medição, bastante complexa, foi diária para cada processo. O sistema avalia cada unidade percorrida pela ação e a quantidade diária de processos nessa unidade. Assim é possível calcular o custo proporcional por processo. Conhecer esses valores em detalhes, segundo Wagner de Andrade, servirá para otimizar a gestão dos recursos públicos, estabelecendo metas de redução de custos e aumento de produtividade.”

Ao invocar essas lições, deve ser observado que, além dos custos financeiros envolvidos, que também devem ser necessariamente sopesados, o direito de acesso à Justiça – como garantia fundamental constitucional que é – possui um caráter positivo, pois depende de atos (jurisdicionais) positivos do Estado-juiz, que sejam efetivos e úteis, porque céleres e eficientes.

Esse ponto da positividade do direito de acesso à jurisdição comporta uma leitura ampliada e aberta neste ensaio. Não se trata de direito positivo somente porque dependeria de um “ato positivo” (*positive act*) da jurisdição estatal, mas também porque confere direito a uma prestação jurisdicional positiva, com utilidade efetiva e celeridade eficiente.

A necessidade de tornar a prestação jurisdicional célere e eficiente (positiva), no caso para dar realização material à garantia do inciso LXXVIII do art. 5º da CF, é ressaltada por CARMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA (1993, p. 37) ao prelecionar que:

“Não basta que se assegure o acesso aos órgãos prestadores da jurisdição

para que se tenha por certo que haverá estabelecimento da situação de justiça na hipótese concretamente posta a exame. Para tanto, é necessário que a jurisdição seja prestada – como os demais serviços públicos – com a presteza que a situação impõe. Afinal, às vezes, a justiça que tarda, falha. E falha exatamente porque tarda. Não se quer a justiça do amanhã. Quer-se justiça hoje. Logo, a presteza da resposta jurisdicional pleiteada contém-se no próprio conceito do direito-garantia que a jurisdição representa.”

O fato é que não há como refutar a proposição de que a prestação jurisdicional deve ser realizada com a mesma presteza que se impõe aos demais serviços públicos; traz à tona o fato de que o enfoque na relação custo/benefício não é novidade no direito brasileiro, visto que a Emenda Constitucional n. 19/98 incorporou-a ao *caput* do art. 37 da Constituição Federal sob o manto semântico do princípio da eficiência.

Para a percepção dos efeitos sociais negativos e não razoáveis de um processo civil desnecessariamente complexo, é conveniente emprestarmos da análise econômica o binômio estabelecido entre custo e benefício para verificarmos que a eficiência, mesmo nos domínios do direito, deve ser entendida como a busca da obtenção do melhor resultado possível, inclusive nos aspectos ligados ao máximo proveito na utilização dos escassos recursos financeiros, tanto públicos quanto privados (das partes), evitando o desperdício de recursos materiais ao maximizar os resultados sociojurídicos, com a redução dos custos econômico-orçamentários envolvidos no desenvolvimento das atividades ligadas à prestação jurisdicional.

FLÁVIO GALDINO (2005, p. 260), atento à questão da necessidade de eficiência nas prestações estatais, observa que:

“Merece ser refletida a afirmação de que o princípio da eficiência não

possui conteúdo próprio, no sentido de que seria mais uma espécie de metanorma, destinada a reger aplicação de outras normas (...). Ainda nesse sentido, muito apropriada a observação de que se trata de um princípio para fora, isto é, de uma norma preocupada com algo – notadamente os resultados de determinada medida analisada do ponto de vista jurídico – que acontece fora do “mundo jurídico” (...). De preferência a análise de custo/benefício de uma medida deve ser prévia à sua implementação. (...) E essa possivelmente será uma das grandes dificuldades dos operadores do direito e em especial os juízes brasileiros no trato da eficiência – que é um conceito naturalmente pragmático.”

No contexto até agora observado, cabe trazer à baila o estudo de ARMANDO CASTELAR PINHEIRO, no qual ele analisa o Poder Judiciário como instituição *econômica* ao trazer reflexões que servem de reforço à demonstração da necessidade socioeconômica de introdução de instrumentos de resolução de demandas de massa e de julgamento objetivado de recursos repetitivos, no campo do recurso extraordinário (repercussão geral) e do recurso especial (incidente de julgamento de recursos repetitivos).

PINHEIRO (2001, p. 4) também adverte que:

“A percepção de que o mau funcionamento do Judiciário pode ter impactos significativos sobre o desempenho da economia é bastante recente, e reflete o crescente interesse no papel das instituições enquanto determinantes do desenvolvimento das nações. (...) Uma dessas instituições é o judiciário. (...) os problemas com que se defronta o judiciário na maior parte dos países em desenvolvimento e em transição prejudica o seu desempenho econômico de várias

maneiras (...). (...) Neste sentido, três alternativas são propostas (...) que o desempenho do judiciário seja avaliado considerando-se os serviços que ele produz, em particular, em termos de 'garantia de acesso, previsibilidade e prestação dos resultados, além de remédios adequados'. Ou seja, pensar a justiça enquanto uma entidade que presta serviços para a sociedade, e considerar a qualidade dos serviços ofertados."

A perspectiva em que se coloca o ex-certo acima colacionado chama a atenção para os fins deste ensaio à constatação da necessidade de utilização de remédios jurídicos adequados a uma célere, útil e homogênea prestação da jurisdição civil.

Devem ser, portanto, inseridos, no horizonte de otimização do processo civil, instrumentos processuais produtores de resolução transcendente e *objetivada* de conflitos, que produzirão ambiente de segurança jurídica.

Entre os efeitos positivos, está a utilidade econômica das decisões judiciais, assim traduzidas por PINHEIRO (2001, p. 6):

"(...) a utilidade esperada de recorrer à justiça depende, positivamente, do valor líquido que se espera receber e, negativamente, da variância desse ganho, que reflete a incerteza quanto a ganhar ou perder a disputa e ao tempo até que uma decisão seja tomada."

MIGUEL CARLOS TEIXEIRA PATRÍCIO (2005, p. 14) produziu, no direito português, interessante estudo analítico sobre os efeitos econômicos da litigância, no qual reafirma a ideia de que:

"No caso específico da litigância, a utilização desta ponderação parece, aliás, constituir uma evidência, pois o que leva um determinado indivíduo a colocar a sua questão em Tribunal é sempre resultado de uma avaliação mais ou menos informada e cautelosa de custos e benefícios."

Dessa maneira, a utilidade está ligada à eficácia material da decisão judicial, quanto aos efeitos esperados, em relação aos bens e interesse jurídicos e econômicos tutelados pelo direito, na vida daquele que busca a tutela do Poder Judiciário, mesmo quando os temas submetidos à jurisdição sejam de conteúdo não econômico (moral, espiritual, estético etc.), porque mesmo nesses casos estão presentes custos processuais próprios na produção de provas, honorários de advogado, taxas judiciárias, entre outros.

Os custos para as partes, para o Estado, para a sociedade são, sem sombra de dúvida, elemento relevante na análise da qualidade da prestação jurisdicional, aqui observada do ângulo da jurisdição civil.

4. Dois novos instrumentos na perspectiva de objetivação da jurisdição civil no Anteprojeto do novo Código de Processo Civil e seus esperados efeitos na redução do custo de acesso à jurisdição

O anteprojeto do novo Código de Processo Civil se insere como ponto culminante de uma longa trajetória evolutiva do processo civil brasileiro, que passou recentemente pela edição das Leis nºs 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006 – além da Lei nº 8.950 de 1994 –, que apontavam para a necessidade de simplificação procedimental e de desformalização do processo, com vistas a produzir um maior fluxo decisório no sistema judiciário, suprimindo possibilidades de utilização abusiva, por ex., do direito de recorrer.

Fecharam-se, desse modo, as portas àqueles que pretendiam utilizar o processo, e suas excessivas formalidades, como meio de obter a procrastinação no cumprimento de suas obrigações, gerando custos tanto para a outra parte quanto para o próprio Estado brasileiro no custeio da máquina judiciária, que constantemente demandava ampliação material (construções e ampliações de instalações) e humana (contratação de novos servidores) da estrutura

judiciária, sem o correspondente resultado na efetividade da prestação jurisdicional, que não conseguia fazer face à crescente e insuperável demanda.

Nesse contexto surgem, como precursores do espírito inovador do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, institutos como o da repercussão geral (artigos 543-A e 543-B introduzidos ao vigente CPC pela Lei nº 11.418/2006) e o incidente de recursos repetitivos no recurso especial (art. 543-C do CPC, introduzido pela Lei nº 11.672/2008).

Já no mencionado anteprojeto, surgem como inovação os seguintes instrumentos processuais de natureza transcendente e objetivante:

(1) O *incidente de resolução de demandas repetitivas* (art. 895), que poderá ser instaurado sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito, como também de causar grave insegurança, ante a possibilidade de produção de decisões conflitantes (oscilações decisórias).

Este instituto foi inspirado em sua origem no *Musterverfahren*, introduzido no sistema processual alemão pela *Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten* (lei sobre o procedimento-piloto nas controvérsias sobre direito do mercado de capitais).

O novo procedimento denota a tendência de *objetivação* do processo, no sentido de produzir decisões sobre temas jurídicos transcendentais dos peculiares interesses das partes (*inter partes*) em determinada relação processual (*intra processum*), ou seja, questões ou temas eminentemente jurídicos que se reproduzem em procedimentos múltiplos de natureza *isomórfica*.

Nesse aspecto, a mais importante e significativa inovação é a inauguração de um novo modelo inclusivo das jurisdições ordinárias – locais, como no caso dos Tribunais de Justiça dos Estados-membros, como também da regional federal, pe-

los Tribunais Regionais Federais – nos procedimentos *objetivados* de solução de controvérsias repetitivas ou com potencial de reprodução em múltiplos processos subjetivados. É o que se extrai do §1º do art. 895 do Anteprojeto.

No que tange à própria teleologia do novel instituto, encontra-se a produção de decisão com eficácia *erga omnes* (art. 903), após um procedimento aberto cognitivamente com a participação dos *amici curiae* (art. 901) e com sustentação oral das partes e dos interessados no julgamento do incidente (§1º do art. 902), sendo até possível falar-se da realização de audiências públicas, de acordo com a expressão contida no art. 901, ao mencionar a realização de diligências necessárias “à elucidação da questão de direito”.

(2) O *incidente de recursos repetitivos no recurso especial e no recurso extraordinário* (art. 953 e ss.), que representa uma forma de coletivização dos efeitos de decisões tomadas sobre questões ou temas idênticos surgidos em recursos múltiplos sobre a mesma questão de direito.

Essa coletivização ou decisão em massa de processos repetitivos é formulada no Anteprojeto do novo Código de Processo Civil por meio daquilo que identificamos como atribuição de eficácia *erga omnes* (artigos 956 e 958) às decisões proferidas no incidente de recursos repetitivos, visto que estas valerão para todos os casos que tragam em seu bojo a mesma questão ou tema jurídico transcendentais dos interesses das partes (recorrentes e recorridos), ou seja, uma questão jurídica *objetivada* (tematizada). Não se pode duvidar, pelos motivos já expostos, que esse novo instrumento será apto a gerar segurança jurídica pela uniformização da tese jurídica objetiva em determinado sentido, o que evitará decisões conflitantes e oscilantes sobre o mesmo tema jurídico que comportem decisão homogênea, seja relativo ao direito federal (recurso especial) ou à ordem constitucional (recurso extraordinário).

É bom que se registre que a inovação no Anteprojeto atinente ao incidente de recursos repetitivos é uma novidade relativa, isso porque já o temos no atual Código de Processo Civil em seu artigo 543-C (introduzido pela Lei nº 11.672/2008), porém restrito ao âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no recurso especial.

O Anteprojeto, por sua vez, propõe sua extensão ao âmbito do Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário que está atualmente somente submetido ao regime da repercussão geral da EC nº 45/2004, regulamentada pela Lei nº 11.418/2006.

Porém, o que, em nossa opinião, é extremamente relevante no instituto projetado é a possibilidade de potencialização da abertura cognitiva do processo civil pela participação dos *amici curiae* (§2º do art. 955), que garante o acesso democrático dos interessados na solução da controvérsia jurídica objetiva, submetida ao regime dos recursos repetitivos, como arquitetado no Anteprojeto.

Não se pode, todavia, negar que a adoção dos dois institutos acima delineados, de certa forma, restringirá o acesso *subjetivado* (individualizado) aos tribunais, principalmente ao STJ e ao STF, mas, se sopesado esse aspecto dentro da perspectiva de redução dos custos de acesso à jurisdição, perceber-se-á como este custo ligado à restrição de acesso subjetivo deverá ser visto como um *custo de oportunidade*⁵.

⁵ Em MANKIWI (2006, p. 829), encontramos uma boa definição dessa modalidade de custo, pois para ele custo de oportunidade é: “Qualquer coisa que se tenha que abrir mão para obter algum item”. Esta definição de custo de oportunidade traz implícita a ideia de troca de uma coisa por outra, com a finalidade de obter alguma vantagem com relação ao que se tinha anteriormente. O abrir mão, da definição de Mankiw, remete-nos à ideia do equacionamento de custos e benefícios, binômio sempre presente na base da análise econômica. Pois o abrir mão se traduz como o custo, enquanto o obter algum item (algo novo e vantajoso) se apresenta como o benefício decorrente da aceitação do custo envolvido. Assim, o “custo de oportunidade” deve ser visto como custo positivo, ou melhor, como um custo de oportunidade, referindo-se ao reconhecimento de que os novos institutos de

Os resultados esperados desses novos mecanismos processuais são aptos a produzir uma redução na dimensão temporal (tempo para julgamento) da duração dos processos, a estabilização de sentido das decisões sobre temas *de jure* com a mesma textura em demandas isomórficas e, desse modo, propiciar efetividade e segurança jurídicas nos produtos decisórios do sistema jurídico dirigidos aos seus destinatários e, por que não dizer, seus usuários: os jurisdicionados.

Deve ser acrescido que esta *objetivação transcendente*, já inaugurada com o advento da repercussão geral⁶ (EC nº 45/2004 e Lei nº 11.418/2006) e agora aprofundada no anteprojeto do novo CPC, servirá para o incremento da cultura de respeito às decisões judiciais, promovendo o necessário reconhecimento social da atuação do Poder Judiciário e prestígio do sistema processual como instrumento de solução célere, útil, homogênea e segura dos conflitos jurídicos e sociais e, ainda, como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, judicialmente tutelados.

De toda sorte, não se pode vislumbrar esses novos instrumentos processuais como meros mecanismos redutores do número de processos e recursos, mas, sim, como oportunidade de aprimoramento das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, com aumento da agilidade decisória e, paralelamente, com aprofundamento da análise das questões jurídicas e de suas implicações sociais, de modo cognitivamente aberto, com vistas à efetivação e concretização dos conteúdos decisórios.

Todo o exposto deve ser contextualizado na premissa inicial deste ensaio, qual seja a de que as prestações decisórias do sistema judiciário-processual sejam vistas como ‘produtos’ destinados à sociedade,

objetivação processual restringirão o acesso subjetivo (individualizado) à jurisdição do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

⁶ Vide sobre esse tema em particular, nosso trabalho anteriormente publicado (VIANA, 2011).

pois a função decisória (prestação jurisdicional) do direito deve ser exercida dentro do prisma de sua essencialidade para o funcionamento ajustado do sistema social.

5. Conclusão

Dessa reflexão teórica e talvez um tanto jusfilosófica, as propostas contidas no anteprojeto do novo CPC devem ser vislumbradas como um grande passo em direção à racionalização, necessária e imprescindível, do processo civil brasileiro e da própria jurisdição, como também dos correspondentes custos do acesso à Justiça.

A questão do acesso à jurisdição e ao processo civil deve ser inserida em debate teórico que não deixe de fora os aspectos fáticos e pragmáticos da questão. Nesse prisma, essa louvável tendência sinalizada no anteprojeto do novo CPC de *objetivação* do processo quanto a temas jurídicos *transcendentes* dos interesses subjetivos das partes e que demandam solução homogênea deve ser mesmo pensada como um percurso inevitável, mas nem por isso cheio de riscos que sempre se apresentam na operacionalização prática de novos institutos processuais, da racionalização de um acesso *material* à jurisdição.

Acesso *material* que deve ser traduzido na *praxis* da jurisdição como resultados visíveis na efetivação do direito fundamental à razoável duração do processo (inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição de 1988).

Sem o que o acesso à jurisdição se manterá como concepção formal, sem efetividade social, produzindo a já tão tristemente conhecida crônica falta de celeridade e de utilidade socioeconômica da prestação jurisdicional em todos os graus de jurisdição no Brasil.

Assim, o acesso à Justiça deve ser também vislumbrado como um custo socioeconômico considerável, dentro da tese da positividade dos direitos de HOLMES e SUNSTEIN, aproveitando-se assim de algumas das propostas críticas que a

seu modo se formaram dentro da análise econômica do direito (*Law and Economics*), mesmo que admitindo o questionamento de suas conclusões um tanto redutoras da lógica jurídica à lógica econômica, cuja crítica extrapolaria os limites deste ensaio.

Contudo, essas propostas, se e quando incorporadas às discussões da teoria do processo civil, trazem indicativos da urgência da adoção de uma jurisdição materialmente efetiva, que sirva de instrumento de aumento da segurança jurídica, por meio de um acesso útil e célere à Justiça, trazendo para o interior do direito uma ideia da responsabilidade social quanto à qualidade de seus 'produtos decisórios', o que nitidamente constituiu umas das preocupações dos idealizadores do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, ora festejado.

Referências

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 2000.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. Tradução da 3ª edição americana. São Paulo: Thompson, 2006.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise econômica da litigância*. Coimbra: Almedina, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Economia e Justiça: conceitos e evidência empírica*. [S.l.: s.n.], 2001. Disponível em: <http://www.iets.org.br/biblioteca/Economia_e_justica_Conceitos_e_evidencia_empirica.pdf>.

_____. *Judiciário, reforma e economia: a visão dos magistrados*. Rio de Janeiro: IPEA, 2003. 57 p. Disponível em:

<http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando_Castelar_Pinheiro2.pdf>.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

VIANA, Ulisses Schwarz. *A repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. 2ª ed. São Paulo: IDP/Editora Saraiva, 2011.

ZIELCKE, Andreas. *Die Symbolische Natur des Rechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 1980.

Preclusão elástica¹ no Novo CPC

Zulmar Duarte de Oliveira Junior

Sumário

1. Apresentação. 2. A dimensão temporal do processo. 3. Preclusão. 4. Preclusão elástica no Novo CPC. 5. Virtualidades da elasticidade da preclusão no Novo CPC. 6. Considerações finais.

1. Apresentação

O instituto da preclusão é sem sombra de dúvida um dos temas mais intrincados² e, não por isso, menos estudados no processo civil³, conquanto aparente o consenso doutrinário sobre sua conformação.

Por certo, a dificuldade na perfeita compreensão do fenômeno da preclusão decorre da própria fluidez do seu baldrame, qual seja, o conceito de processo. A nosso ver, conceber o processo como relação jurídica⁴,

¹ Tomamos de empréstimo a expressão empregada por CALAMANDREI, bem que utilizada para outra dimensão do instituto, isto é, para a flexibilização da preclusão das ditas deduções de mérito, na forma dos artigos 183 e 184 do Código de Processo Civil italiano de 1940 (CALAMANDREI, 1999, p. 310-311).

² Sem a pretensão de ser exauriente, podemos lembrar a discussão sobre sua abrangência subjetiva (partes e/ou juiz), sua tríplice configuração, a extensão objetiva (questões processuais, prejudiciais e etc.).

³ Penso que a falta de exame mais profundo sobre a matéria é ligada a suposta e pressuposta concordância sobre seus delineamentos fundamentais.

⁴ "Nunca se há dudado que el derecho procesal civil determina las facultades y los deberes que ponen en mutua vinculación a las partes y al tribunal.

situação processual⁵ ou procedimento em

Pero, de esa manera, se ha afirmado, también, que el proceso es una relación de derechos y obligaciones recíprocos, es decir, una relación jurídica. Esta simple, pero, para el derecho científico, realidad importantísima, desde todo punto de vista, no ha sido hasta ahora debidamente apreciada ni siquiera claramente entendida. Se acostumbra a hablar, tan sólo, de relaciones de derecho privado. A éstas, sin embargo, no puede ser referido el proceso. Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública. La relación jurídica procesal se distingue de las demás relaciones de derecho por otra singular característica, que puede haber contribuido, en gran parte, a desconocer su naturaleza de relación jurídica continua. El proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial, se presentan como totalmente concluidas, la relación jurídica procesal se encuentra en embrión” (BÜLOW, 1964, p. 1-2).

⁵ “Puede concebirse el Derecho como un conjunto de imperativos que han de seguir los sometidos a las reglas jurídicas, pero también como una serie de normas que han de ser aplicadas por el juez. Esta última concepción es la adecuada para el Derecho justiciero, y, por consiguiente, para el Derecho procesal civil. Desde este punto de vista, las normas jurídicas constituyen, para los sometidos a ellas, las conminaciones de que el juez observará determinada conducta, y, en último término, de que dictará una sentencia judicial de determinado alcance. Los vínculos jurídicos que nacen de aquí entre las partes no son propiamente <relaciones jurídicas> (consideración <estática> del Derecho), esto es, no son facultades ni deberes en el sentido de poderes sobre imperativos o mandatos, sino <situaciones jurídicas> (consideración dinámica del derecho), es decir, situaciones de expectativa, esperanzas de la conducta judicial que ha de producirse y, en último término, del fallo judicial futuro; en una palabra; expectativas, posibilidades y cargas. Sólo aquéllas son derechos en sentido procesal – el mismo derecho a la tutela jurídica (acción procesal) no es, desde este punto de vista, más que una expectativa jurídicamente fundada –, y las últimas – las cargas –, <imperativos del propio interés>, ocupan en el proceso el lugar de las obligaciones. La situación jurídica se diferencia de la relación jurídica no sólo por su contenido, sino también porque depende, no de la <existencia>, sino de la <evidencia> y muy especialmente de la prueba de sus presupuestos. El concepto de la <situación

contraditório⁶, por exemplo, implica em alteração sobre o sentido e alcance do instituto (MAXIMILIANO, 1997, p. 104-105).

Todavía, como o tema, em si, exige incursão, mergulho, de maior fôlego, não permitidos nesta exposição, limitar-nos-emos a trabalhar com as alterações do instituto decorrentes do projeto de Novo Código de Processo Civil (Novo CPC)⁷, sem nos furtar a apresentar proposta de alteração deste.

E aqui indispensável uma advertência, não placitamos a perspectiva de que um instituto possa ser alterado pela pena do legislador, mas sim que esta acaba por desvelar virtualidades daquele até então mascaradas, desconhecidas, mas não preclusas (perdoem o trocadilho).

Efetivamente, o Novo CPC nasce timbrado pela ideologia de aceleração da prestação jurisdicional, norte para o leme de sua Comissão elaboradora.

Nessa perspectiva, a Comissão, limitando o uso do recurso de agravo a situações cirúrgicas, extraiu do corpo procedimental, na mesma incisão, a preclusão das questões decididas no curso do processo em primeiro grau de jurisdição.

jurídica> se debe a Kohler, el cual ve en ella una relación jurídica imperfecta. Pero en todo caso, es un concepto específicamente de derecho procesal, y hasta quizá su concepto fundamental” (GOLDSCHMIDT, 1936, p. 8-9).

⁶ “Se, pois, no procedimento de formação do provimento, ou seja, se nas atividades preparatórias por meio das quais se realizam os pressupostos do provimento, são chamados a participar, em uma ou mais fases, os ‘interessados’, em contraditório, colhe-mos a essência do ‘processo’: que é, exatamente, um procedimento ao qual, além do autor do ato final, participam, em contraditório entre si, os ‘interessados’, isto é, os destinatários dos efeitos de tal ato” (FAZZALARI, 2006, p. 33).

⁷ Designaremos o projeto de Novo Código de Processo Civil, tramitando atualmente na Câmara de Deputados tombado pelo número 8046/2010 (Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/831805.pdf>>. Acesso em: 4 abr. 2011), com a expressão “Novo CPC”, sendo que, em contrapartida, o atual Código de Processo Civil – lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 –, pelo rótulo “Velho CPC”.

Verdade seja, a opção legislativa redundada no revolvimento da base do instituto, mormente na sua compreensão atual, trazendo consequências sobre sua projeção no ordenamento processual.

2. A dimensão temporal do processo

A rigor, o processo nasce para terminar, vive numa dimensão temporal (Cf. ALVIM, 1997), avançando continuamente em busca do seu produto final, qual seja, a prestação jurisdicional.

Como sói de ser, o processo não é infenso ao tempo – que a tudo e a todos alcança indistintamente –, razão por que aquele se estratifica pelo calendário⁸, comprimido ainda pela necessidade de uma duração razoável (CRFB/88, artigo 5º, inciso LXXVIII) (TUCCI, 1997).

Tome-se, de antemão, se o processo tencionasse durar mais do que o ser humano, passando de geração em geração, o problema da (in)justiça seria agudizado. O sistema busca alternativas de acomodação, entre a necessidade de tempo e a justiça, que há de ser tempestiva.

O próprio conceito empírico de processo, no que não acrescentamos nada de novo, deriva do verbo “proceder”, indicando continuidade, dinâmica, uma série de operações, ainda que díspares, concatenadas temporalmente pela unidade de fim.

Demais disso, a ordem processual no tempo pode ser legal ou discricional, na medida em que se estabeleça ou não encadeamento dos atos processuais legalmente (princípio da ordenação legal *versus* princí-

⁸ “O tempo, como aspecto da natureza ou do mundo, conforme se preferir, não é mais do que expressão de sua contínua mudança, ou seja, da história; exatamente porque a realidade não existe mais do que em mutação, história e realidade se confundem com frequência. A posição de um ato em tal mutação é o que se chama o tempo do ato; a inserção de cada ato na história acontece em um ponto do tempo, ao qual nossa pobre linguagem ainda dá o nome de tempo;” (CARNELUTTI, 2000b, v. 3, p. 594).

pio da ordenação discricional) (MIRANDA, 1996, v. 3, p. 117; COUTURE, 1942, p. 80). A escolha legislativa traz, por conseguinte, o abrigo da preclusão⁹.

Ainda assim, não concordo que a marcha processual, em si, seja ordenada pela preclusão (MARINONI, 2005, p. 607), mas, sim, que esta representa a causa motriz do andamento processual, figurando como grande responsável pela aceleração processual (DINAMARCO, 2002, p. 455), verdadeiro impulso (COUTURE, 1942, p. 80)¹⁰.

Ponto está, nosso ordenamento processual – filiado ao princípio da ordenação legal – regulou minuciosamente a ordem, a sequência e o tempo de realização dos diversos atos que compõe o processo (atos processuais)¹¹. Estes diversos atos, que formam estádios processuais¹², sucedendo em ordem fixa, cada qual destinado a determinadas atividades, desenvolvem-se quase que automaticamente acordos

⁹ “Quando se adota o princípio da ordenação legal – ou se permitem dentro de certo período atos processuais que também poderiam ser de outro, ou só se permitem em determinado ou determinados períodos (*princípio de preclusão*). Então, a parte que não praticou, ou não provocou a prática de algum ato processual, não pode mais fazê-lo. A preclusão pode ser relativa a um ato, ou alguns atos, ou ser ligada a certos períodos em que os atos têm de ser praticados ou provocados (preclusão por período) (MIRANDA, 1996, v. 3, p. 117).

¹⁰ “El ordenado y coherente desarrollo del proceso se obtiene, además que con lós términos, también con las preclusiones” (LIEBMAN, 1980, p. 176).

¹¹ “Levando em consideração a noção de tempo (supra, nº 522), quando se determina o tempo dos atos jurídicos e, especialmente, dos atos processuais, isso acontece para obter uma certa relação entre o cumprimento de um ato e o cumprimento de um ou mais atos e, portanto, para fazer desse modo com que o ato seja inserido em um ponto da história em preferência de outro” (CARNELUTTI, 2000b, vol. 3, p. 595).

¹² “Poder-se-ia sectionar o processo em momentos, comparando-o como uma representação cinematográfica, permitindo traçar no negativo divisões ideais, no qual resultariam unidades de movimento, os momentos processuais” (CARNELUTTI, 2000b, v. 3, p. 20).

com o esquema pré-estabelecido em abstrato.

Aliás, o procedimento estratificado, dividido em fases e estádios processuais, seccionado pelo próprio tempo de realização dos atos, encontra na preclusão sua costura arrematadora¹³. A ideia da marcha procedimental é dominada pela preclusão.

Dito às claras e às secas, a preclusão colmata o processo, impelindo-o ao objetivo final, isto é, a prestação da tutela jurisdicional, assumindo extremo relevo no sistema brasileiro de procedimento rígido (Cf. DINAMARCO, 2002, p. 454).

A bem da verdade, no atual ordenamento processual, a conjugação do impulso oficial com a preclusão, inseridos numa estrutura procedimental rígida, empurra, dinamiza, catalisa, o andamento do processo ao seu estertor¹⁴.

Nessa ampla moldura, o processo conssegue dar sua contribuição à vida social, a segurança no gozo dos bens da vida, mediante a declaração definitiva da vontade da lei no caso concreto (ALVIM, 1997, p. 228), alcançada inclusive pelo automatismo preclusional (LACERDA, 1985, p. 159), no que, eliminando expedientes, facilita seu encerramento¹⁵.

¹³ “Constituem-se os prazos processuais e as preclusões em dois aspectos através dos quais se exterioriza a disciplina do tempo no processo, em função da idéia de que o processo deve marchar em direção à sentença, irreversivelmente” (ALVIM, 1997, p. 442).

¹⁴ “A preclusão pode ser considerada um verdadeiro princípio da teoria dos prazos porque ela interfere em toda a dinâmica do andamento processual. Ela é a espinha dorsal do processo, no que respeita ao seu andamento, pois é o instituto através do qual, no processo, se superam os estágios procedimentais, e não deixa de ser também um instituto propulsor da dinâmica processual, na medida em que for acatada pela legislação processual” (ALVIM, 1997, p. 462).

¹⁵ “A tensão inarredável entre a plena realização do direito material com a maior justiça possível, e o rápido e eficiente alcance desse desiderato, sempre presente na história do direito processual, põe no tablado das discussões a necessidade de serem esta-

3. Preclusão

Oportuno se torna dizer, o vocábulo preclusão – do latim *praecludo*, que significa fechar, tapar, encerrar (*forclusion* em francês: *exclusio a foro*) – apareceu no direito medieval romano-canônico.

Já Oskar Bülow (1879, p. 54-56), detido na análise da preclusão, pontuava com clareza que a circunstância do não agir da parte constitui fundamento decisivo para seu prejuízo jurídico. O *non facere*, por si só, é considerado fato processual.

Nada obstante, o tratamento moderno deste conceito, mormente na extensão e importância aceitos atualmente, deve-se a Chiovenda¹⁶, não obstante a influência neste dos estudos procedidos por Bülow¹⁷.

Precisamente, como percucientemente observou CHIOVENDA, todos os processos, em maior ou menor medida, fazem préstimo da preclusão para alcançar o

belecidos limites à liberdade de agir dos litigantes, circunscrevendo-se de conseguinte seus poderes processuais. (...) O desiderato de restringir a liberdade das partes é obtido principalmente pelo instituto da preclusão” (OLIVEIRA, 1997, p. 169).

¹⁶ A maturação do pensamento de CHIOVENDA (1949, p. 223) sobre a matéria atravessou três décadas, iniciando em 1905, no ensaio sobre coisa julgada, coisa julgada e competência, passando pela obra princípios do direito processual civil e pelo ensaio a ideia romana no processo civil moderno e fincando raízes no ensaio coisa julgada e preclusão.

¹⁷ “Apesar de existir em todos os sistemas processuais – pois sem ela seria impossível o andamento e o término dos feitos –, a preclusão esteve durante largos séculos sem conceituação precisa, confundida com outros institutos, principalmente com o da coisa julgada e o da decadência. (...) CHIOVENDA empreendeu uma série de pesquisas sobre a preclusão, sua natureza, fins e efeitos. Isolou o instituto, despiu-o do caráter penal, distinguiu-o da coisa julgada material, caracterizando precisamente os dois conceitos mostrando a natureza, objeto, finalidade e extensão de cada um; por fim, após a fixação do instituto, deu-lhe o nome de preclusão retirado da *poena praeclusi* do direito intermédio – com o qual já se incorporou definitivamente à doutrina, à jurisprudência e à legislação dos povos cultos” (BARBI, 1955, p. 59).

seu final¹⁸, fato reconhecido pela doutrina pátria¹⁹.

Como registro, vale rememorar o conceito galvanizado por CHIOVENDA sobre o tema:

“La preclusión consiste en que después de la realización de determinados actos o del transcurso de ciertos términos queda precluso a la parte el derecho de realizar otros actos procesales determinados, o, en general, actos procesales” (CHIOVENDA, 1977, p. 358).

Essa é a grande premissa e coluna em que se apoiou o Código de Processo Civil em vigor – Velho CPC –, para integrar no seu desenvolvimento a preclusão, ainda que sem tratamento sistêmico²⁰. O Velho CPC não apresenta uma disciplina orgânica e sistêmica da preclusão (DINAMARCO, 2002, p. 455), omissão repetida pelo Novo CPC.

¹⁸ “Todo processo, uns mais, outros menos, e da mesma forma o nosso processo, com o fim de assegurar precisão e rapidez ao desenvolvimento dos atos judiciais, traça limites ao exercício de determinadas faculdades processuais, com a consequência de que, além desses limites, não se pode usar delas. Empréstei a essa consequência o nome de “preclusão”, extraído de uma expressão das fontes que se empregava, precisamente com o significado que lhe dou “poena praclusi” do direito comum, ressaltando-se que, no direito moderno, naturalmente se prescinde da idéia de pena. (...) Minhas observações tiveram o propósito e resultado de simplificação e de diferenciação. Proporcionou-me o motivo e o ponto de partida um dos escritores alemães que mais contribuíram para o progresso da ciência processual moderna com um concurso de idéias, não somente novas, senão também sadias, fecundas e propulsivas, refiro-me a Oskar Bulow (...)” (CHIOVENDA, 1998, p. 184-185).

¹⁹ “Se o excesso de preclusões é condenável, porque desumaniza o processo, porque o transforma em máquina de expelir despachos, não é possível, entretanto, bani-las totalmente do direito processual” (LACERDA, 1985, p. 156).

²⁰ Independentemente dos juízos de oportunidade e conveniência, o fato é que o Velho CPC, no que é repetido pelo Novo CPC, não dedicou conjunto coordenado de normas ao instituto da preclusão, sacando-se sua disciplina de normas espaçadas e remissões específicas (artigos 169, 183, 245, 473, 503).

Regra cardinal, a este respeito, é o artigo 473 do Velho CPC: “É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão”.

Assome-se, a rigidez do procedimento estatuído no Código de Processo Civil vigente, com fases claramente marcadas, compassadamente desenvolvidas, impõe e justifica um severo sistema de preclusão²¹.

Tangencialmente, na estruturação do instituto, consente-se com sua tríplice configuração²², isto é, preclusão temporal, lógica e consumativa, como amplamente difundido por CHIOVENDA²³.

A sua vez, salvo raríssimas exceções²⁴, a doutrina brasileira segue sem hesitação tal diferenciação, como dá conta ARRUDA

²¹ “Politicamente justifica-se a preclusão em virtude do princípio pelo qual a passagem de um ato processual para outro supõe o encerramento do anterior, de tal forma que os atos já praticados permaneçam firmes e inatacáveis. Quanto mais rígido o procedimento – como o é o brasileiro, por desenvolver-se através de fases claramente determinadas pela lei – maior se torna a importância da preclusão” (CINTRA, 1998, p. 328).

²² LIEBMAN (1980, p. 176) advogada a existência de mais um tipo de preclusão, dita mista: “b) a la falta de ejercicio del derecho en el momento oportuno, cuando el orden legalmente establecido en la sucesión de las actividades procesales importe una consecuencia tan grave;” Preclusão mista pela conjugação do transcurso do tempo com o andamento processual, sendo que DINAMARCO (2002, p. 455) exemplifica, como mista, a apresentação da manifestação de que tratam os artigos 326, 327 e 398 até a audiência preliminar (CPC, artigo 331).

²³ “que entendo por preclusão a perda, ou extinção, ou consumação de uma faculdade processual que sofre pelo fato: a) ou de não se haver observado a ordem prescrita em lei ao uso de seu exercício, como os prazos peremptórios, ou a sucessão legal das atividades ou das exceções; b) ou de se haver realizado uma atividade incompatível com o exercício da faculdade (...); c) ou de já se haver validamente exercido a faculdade (consumação propriamente dita)” (CHIOVENDA, 1998, p. 184).

²⁴ Em bela obra sobre a preclusão, SICA nega a existência da preclusão consumativa, aproximando as hipóteses assim tipificadas com a falta de interesse processual ou a impossibilidade lógica ou temporal (SICA, 2006. p. 153).

ALVIM²⁵, DINAMARCO²⁶, FREDERICO MARQUES²⁷ e MONIZ DE ARAGÃO²⁸.

Advirta-se

“Estas tres posibilidades significan que la preclusión no es, en verdade, un instituto único e individualizado, sino más bien una circunstancia atin-

²⁵ “A preclusão comporta diversas classificações. A mais comum é a que divide em: a) temporal, a mais importante (=comum); b) lógica; e c) consumativa. Diz-se temporal a preclusão quando um ato não é praticado no prazo existente para a respectiva prática e, por essa circunstância, não mais pode ser realizado. Diz-se lógica a preclusão quando um ato não mais pode ser praticado, pelo fato de se ter praticado outro ato que, pela lei, é definido como incompatível com o já realizado, ou que esta circunstância deflue inequivocamente do sistema. (...) Fala-se, finalmente, em preclusão consumativa, quando se pratica o ato processual previsto na lei. Não será possível, depois de consumado o ato, praticá-lo novamente” (ALVIM, 1997, p. 465-466).

²⁶ “Segundo as circunstâncias em que ocorre, a preclusão será: a) temporal quando decorre do decurso do prazo sem a prática do ato que a parte tinha o poder ou a faculdade de realizar (p.ex., revelia); b) lógica, que é a conseqüência prática de um ato incompatível com a vontade de exercer a faculdade ou poder (reconhecimento do direito do autor elimina a faculdade de contestar para resistir a ele: art. 297 c/c art. 268, inc. II); c) consumativa, pelo exercício da própria faculdade ou poder (oferecido recurso contra uma decisão, não será admissível outro - princípio da unirrecorribilidade)” (DINAMARCO, 2002, p. 455).

²⁷ “A preclusão é um fato processual impeditivo, que, conforme, o acontecimento em que se configure, pode assim ser classificado: a) preclusão temporal, quando o decurso do tempo é que constitui ou forma o fato impeditivo; b) preclusão lógica, quando a incompatibilidade entre um ato processual já praticado e outro que se pretenda praticar se torna fato impeditivo a não permitir que se realize o ato posterior; c) preclusão consumativa, quando o pronunciamento decisório sobre uma questão toma as características de fato impeditivo, não possibilitando reexame posterior da referida questão (*ne bis in idem*)” (MARQUES, 1997, p. 201).

²⁸ “A preclusão é um dos efeitos da inércia da parte, acarretando a perda da faculdade de praticar o ato processual. Mas nem só da inação poderá resultar. Além da temporal, que se forma pelo decurso do tempo, há a lógica, que decorre da incompatibilidade entre o ato praticado e outro, que se quereria praticar também, e a consumativa, que se origina de já ter sido realizado um ato, não importa se com mau ou bom êxito, não sendo possível tornar a realizá-lo” (ARAGÃO, 1998, p. 97).

gente a la misma estructura del juicio (...)” (COUTURE, 1942, p. 96).

Também concorde à doutrina brasileira, porém com mais vozes discordantes, que a preclusão opera em desfavor das partes e do juiz (preclusão pro *iudicato* ou judicial), pelo que, decidida determinada questão²⁹ (não interpostos recursos ou improvidos estes), a mesma não pode ser revista pelo órgão jurisdicional³⁰.

A ilação encontra estofa na previsão pelo Velho CPC do recurso de agravo (re-tido ou instrumento), contra as decisões interlocutórias (artigo 522), razão por que a não interposição daqueles implica na preclusão destas^{31,32}.

²⁹ “Quando uma afirmação compreendida na razão (da pretensão ou da discussão) possa engendrar dúvidas e, portanto, tenha de ser verificada, converte-se numa questão. A questão, pode-se definir, pois, como um ponto duvidoso, de fato ou de direito, e sua noção é correlativa da afirmação” (CARNELUTTI, 2000, vol. 2, p. 39). Obviamente, pelos limites impostos, não se adentra nas divergências sobre o conceito de questão, o qual é utilizado, em linhas gerais, como referência a todas as matérias analisadas pelo magistrado no transcurso do processo.

³⁰ Excepcionam-se as questões de ordem pública, que podem a qualquer tempo ser revistas, conforme entendimento dominante, fundado nos artigos 245, 267 e 301 do Velho CPC, ressalvadas algumas opiniões em contrário baseadas no âmbito de cognição empreendido (WATANABE, 2000).

³¹ Vigee verdadeiro ônus para parte: “Falo do ônus, quando o exercício de uma faculdade aparece como condição para obter uma determinada vantagem; por isso o ônus é uma faculdade cujo exercício é necessário para a obtenção de um interesse. Obrigação e ônus têm em comum o elemento formal, consistente no vínculo da vontade; mas diferem no elemento substancial, porque, quando há obrigação, o vínculo se impõe para a tutela de um interesse alheio, e para a tutela de um interesse próprio, quando se tratar do ônus” (CARNELUTTI, 2000a, v. 1, p. 119). “A diferença entre dever e ônus está em que (a) o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação é do interesse do sujeito ativo; ao passo que (b) o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos; satisfazer é do interesse do próprio onerado. Não há sujeição do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse” (MIRANDA, 1996, v. 4, p. 253).

³² “Para tanto, partimos da idéia corrente de que, quando determinada decisão incidental resta irrecor-

4. Preclusão elástica no Novo CPC

Necessário principiar pela lembrança de que, via de regra, a dedução de questões processuais ou de mérito devem ser realizadas oportunamente, existindo termos processuais para regular sua oportunidade, sob pena da ocorrência da preclusão.

Como já intuído, o instituto da preclusão normalmente opera em fases, seccionando abstratamente o procedimento, estabelecendo limites para a formulação de deduções. Mesmo quando, por vezes, permite-se a persistência de tais questões, estas observam novos limites e certos condicionantes, sempre mais rigorosos pelo perpassar das etapas processuais.

Assim, no regime vigente, as partes não têm liberdade incondicionada para suscitar questões, já que estas estão sujeitas a uma série de preclusões, sempre mais rigorosas quanto mais se aproxima o final do processo. Existe uma gradual e progressiva sucessão de freios à subsistência de questões, principalmente processuais, um efetivo sistema de obstáculos ordenados pelo tempo e estádios processuais.

Adequada a alegoria de COUTURE:

“Transcurrida la oportunidad, la etapa del juicio se clausura y se pasa a la subsiguiente, tal como si una especie de compuerta se cerrara tras los actos impidiendo su regreso” (COUTURE, 1942, p. 97).

Em linhas gerais, a justificativa para a consumição gradual das questões pelo transcurso processual é permitir a últimação deste, bem como fechar a porta para comportamentos cavilosos, que escalonem alegações, guardando melhores argumentos para o fim, num verdadeiro conta gotas processual.

rida, sobre ela recai uma *preclusão*, que nada mais é do que um fenômeno de *caráter limitativo*, tanto para as partes quanto para o juiz: as primeiras ficam impedidas de suscitar de novo a questão decidida e o segundo fica obstado de rededici-la. Esse enunciado é irremediavelmente impregnado do senso comum” (SICA, 2006, p. 179).

A par disso, cumpre-nos ressaltar, o Novo CPC repetiu o Velho CPC ao reeditar no seu artigo 494³³ o contido no artigo 473 do último, *in verbis*:

“Art. 494. É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão, observado o disposto no parágrafo único do art. 963”.

Contudo, a ressalva inscrita na parte final do citado preceptivo, aliada a ausência, via de regra, de recurso contra as decisões interlocutórias, opera uma mudança radical no sistema de preclusões observado *hic et hunc*.

A intenção meditada da Comissão, elaboradora do anteprojeto, foi externada na seguinte súmula propositiva, resultado de sua segunda reunião:

“c) Determinar a ausência de preclusão no 1º grau de jurisdição, extinguindo-se a figura do agravo, ressalvado o agravo de instrumento para as decisões de urgência satisfativas ou cautelares.”³⁴

A ideia foi emagrecer o recurso de agravo de instrumento³⁵, retornando ao trato dado pelo Código de Processo Civil de 1939, que estabelecia taxativamente as hipóteses suscetíveis de serem devolvidas ao Tribunal pelo agravo³⁶.

³³ Em debate realizado na décima-primeira reunião da Comissão, especificamente sobre a reedição do sobredito dispositivo, observou acertadamente o Ministro Luiz Fux: “Uma regra geral tem que constar” (Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/11a%20Reunião%202010%2004%2023%20ata.pdf>>. Acesso em: 4 abr. 2011).

³⁴ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/ata%20da%202%20reuniao.pdf>>. Acesso em: 4 abr. 2011.

³⁵ Como observou o professor ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, na terceira reunião da Comissão (Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/3a%20reuniao%20-%202010%2002%2023%20ata.pdf>>. Acesso em: 4 abr. de 2011).

³⁶ É a redação do artigo 842 do Código de Processo Civil de 1939: “Art. 842. Além dos casos em que a lei expressamente o permite, dar-se-á agravo de instrumento das decisões; I – que não admitirem a intervenção de terceiro na causa; II – que julgarem

Na verdade, as preclusões não foram expungidas do ordenamento processual, mas, sim, sua ocorrência, em determinadas hipóteses, protraída para a fase do recurso de apelação, razão por que se sustenta que o projeto de Código adotou um *sistema elástico de preclusão*.

Seria escusado dizer, não é correto afirmar que o Novo CPC teria extinguido com a preclusão no processo ou, ainda, com a preclusão das questões surgidas em primeiro grau de jurisdição.

Persiste integralmente no Novo CPC a preclusão temporal das nulidades não apontadas no transcorrer do arco procedimental, como previsto na cabeça do artigo 253 do Velho CPC³⁷:

“Art. 253. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão”.

Assim, necessário o apontamento, na primeira oportunidade, de descompasso

a exceção de incompetência; III - que denegarem ou concederem medidas requeridas como preparatórias da ação; IV - que não concederem vista para embargos de terceiro, ou que os julgarem; V - que denegarem ou revogarem o benefício de gratuidade; VI - que ordenarem a prisão; VII - que nomearem, ou destituírem inventariante, tutor, curador, testamenteiro ou liquidante; VIII - que arbitrarem, ou deixarem de arbitrar a remuneração dos liquidantes ou a vintena dos testamenteiros; IX - que denegarem a apelação, inclusive a de terceiro prejudicado, a julgarem deserta, ou a relevarem da deserção; X - que decidirem a respeito de erro de conta; XI - que concederem, ou não, a adjudicação ou a remissão de bens; XII - que anularem a arrematação, adjudicação ou remissão cujos efeitos legais já se tenham produzido; XIII - que admitirem, ou não, o concurso de credores. ou ordenarem a inclusão ou exclusão de créditos; XIV - que julgarem, ou não, prestadas as contas; XV - que julgarem os processos de que tratam os Títulos XV a XXII do Livro V, ou os respectivos incidentes, ressalvadas as exceções expressas; XVI - que negarem alimentos provisionais; XVII - que, sem caução idônea, ou independentemente de sentença anterior, autorizarem a entrega de dinheiro ou quaisquer outros bens, ou a alienação, hipoteca, permuta, subrogação ou arrendamento de bens”.

³⁷ Repetiu-se a disciplina do Velho CPC (artigo 245). A sua vez, o vetusto CPC, Código de 1939, não estabelecia preclusão, mas sim penalidade (artigo 277).

ocorrido nos autos, sob pena de a matéria restar coberta pela preclusão.

Agora, entretanto, o desacordo quanto a determinada solução imposta por decisão interlocutória, como afastada a possibilidade de interposição do recurso de agravo de instrumento (artigo 969 do Novo CPC³⁸), fica devolvida ao âmbito de cognoscibilidade do recurso de apelação (artigo 963 do Novo CPC³⁹).

Por isso, a preclusão no Novo CPC opera de duas maneiras, *imediatamente* para aquelas matérias não suscitadas em momento oportuno (artigo 253) e *elasticamente* para as suscitadas.

Tanto é assim que, em pelo menos duas oportunidades, o Novo CPC estatui como consequência do não agir da parte a preclusão imediata, embaçando posterior atuação, notadamente quanto às divergências das atas e sobre o valor da causa.

Colhem-se respectivamente:

“Art. 176. Os atos e os termos do processo serão digitados, datilografados ou escritos com tinta escura e indelével, assinando-os as pessoas que neles intervieram ou, quando estas não puderem ou não quiserem firmá-los, certificando o escrivão a ocorrência nos autos.

³⁸ “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”.

³⁹ “Art. 963. Da sentença cabe apelação. Parágrafo único. 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”.

§ 1º Quando 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.

§ 2º No caso do § 1º, eventuais contradições na transcrição deverão ser suscitadas oralmente no momento da realização do ato, sob pena de preclusão, devendo o juiz decidir de plano, e mandar registrar a alegação e a decisão no termo.

Art. 268. O réu poderá impugnar, em preliminar da contestação, o valor atribuído à causa pelo autor, sob pena de preclusão; o juiz decidirá a respeito, impondo, se for o caso, a complementação das custas.”

O tema foi bem apreendido nas discussões travadas pela Comissão do Novo CPC, em sua décima-terceira reunião, senão vejamos:

“SR. BRUNO DANTAS: Outra coisa, Presidente, o 252 diz que a nulidade dos atos devem ser alegadas na primeira oportunidade que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão. Me parece que isso está incompatível com o regime de fim do agravo retido e ausência de preclusão que nós criamos.

(...)

SR. BRUNO DANTAS: Mas o meu ponto é o seguinte, Prof. Humberto, é que se precisa ser alegada, isso vai levar a uma decisão, se levar a uma decisão, precisa ter uma forma de impugnar a decisão, porque a preclusão – SR. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR: Depois que o Juiz resolver, aí sim não há preclusão para recorrer disso aí no final, mas para alegar não pode ficar aberto; é como o prazo de

contestação, o prazo de revelia, são todos prazos –

(...)

SRA. TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER: Porque uma coisa é a preclusão no nível recursal desse... e outra coisa é tem que falar para o Juiz...

SR. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR: O processo está sanando a ele mesmo.

SRA. TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER: É, claro.

SR. BRUNO DANTAS: Tudo bem”⁴⁰.

Noutro giro, mas ao redor do mesmo epicentro, a matéria também não sofreu alterações no relativo às questões de ordem públicas, as quais no presente (CPC, artigos 245, 267 e 301) e quiçá no futuro poderão ser apreciadas livremente (Novo CPC, 253, 327 e 472), sem que se possa cogitar de preclusão.

O *punctum saliens*, objeto central deste estudo, se dá no relativo às questões decididas pelo magistrado em primeiro grau, quanto às quais a *preclusão é elástica* para o momento de interposição do recurso de apelação.

Ao que se apreende, o Novo CPC trabalha com, por assim dizer, uma *preclusão elástica*, já que todas as matérias decididas podem ser suscitadas – ressuscitadas, com mais propriedade –, na fase do recurso de apelação, sob pena, aí sim, de precluírem.

Mais uma vez, é a dicção do artigo 963 do Novo CPC:

“Art. 963. Da sentença cabe apelação. Parágrafo único. 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”.

⁴⁰ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/13a%20Reunião%202010%2005%2010%20ata.pdf>>. Acesso: em 4 abr. 2011.

Eis o ponto, decidida determinada questão pelo magistrado⁴¹, a mesma não finda, não se encerra, persistindo potencialmente no processo até a fase de apelação, podendo então ser repristinada. A preclusão da questão decidida somente ocorrerá acaso não figure na fase de apelação nas razões ou contrarrazões recursais.

Daí por que a preclusão da questão decidida fica, por hipótese, em estado letárgico até o não agir futuro da parte, ou seja, pela não reedição do ponto no segundo grau de jurisdição.

Posta assim a questão, o Novo CPC não extirpou a preclusão das decisões prolatadas no curso do processo, bem ao revés, elasteceu, esticou a fase preclusiva, a fim de que esta opere na fase recursal.

Deste modo, inegavelmente, o Novo CPC agasalhou a *preclusão elástica* no concernente às questões decididas no curso do arco procedimental e não suscetíveis do imediato ataque pelo recurso de agravo, as quais devem ser suscitadas na fase de apelação, sob pena de autêntica preclusão temporal⁴².

5. Virtualidades da elasticidade da preclusão no Novo CPC

Na espécie, a novel feição da preclusão esculpida no Novo CPC implica em, pelo menos, um reflexo na matéria, notadamente na preclusão *pro iudicato*.

Estava por dizer, a ausência de preclusão das questões decididas em primeiro grau esmaece o argumento da existência de uma preclusão para o magistrado condutor do feito.

No regime atual, a preclusão para o magistrado quanto às suas decisões in-

terlocutórias parte da proposição de que a não interposição de recurso de agravo redunde na preclusão da questão decidida, finalizando a possibilidade de sua discussão, haja vista a norma de encerramento do artigo 473 do Velho CPC.

Conquanto presente a mesmíssima disposição no Novo CPC (artigo 494), a preclusão não mais opera pelo transcurso do prazo para interposição do recurso de agravo contra a decisão interlocutória, somente ocorrendo na hipótese de não repristinação do argumento na fase do recurso de apelação – preclusão elástica (artigo 963 do Novo CPC).

Ora bem, como a questão não precluiu ainda, nada impede que a parte suscite e ressuscite a discussão sobre eventual questão já decidida e o magistrado se detenha ao seu exame, haja vista a ausência da preclusão imediata, posto que elástica⁴³.

A obviedade, com isso não pretendo dizer que o magistrado ficará perenemente jungido ao rebate das questões já decididas, tendo em linha de conta que pode dar cabo a tentativa de sobrevida pela manutenção da decisão por seus próprios e respectivos fundamentos.

Agora, inelutavelmente, poderá o magistrado rever a questão sem que se possa erigir como obstáculo a existência da preclusão, em virtude da elasticidade assumida por esta.

Preclusão elástica porque, observando adequadamente o fenômeno jurídico, não se produz exclusivamente – nem é inteiramente confinada – no segundo grau de jurisdição. Principia com a decisão interlocutória, mas elastece seu desdobramento até o segundo grau, quando então se realiza.

⁴¹ Sempre tendo presente que as assertivas não se referem àquelas questões passíveis de serem resolvidas a qualquer tempo (supra).

⁴² “na perda duma faculdade processual por se haverem tocado os extremos fixados pela lei para o exercício dessa faculdade no processo ou numa fase do processo” (CHIOVENDA, 1998, p. 450).

⁴³ Anote-se, LACERDA (1985, p. 160) sustentava a inexistência de preclusão para o magistrado sobre as questões decididas no curso do processo, já que o magistrado conserva a função jurisdicional, continuando preso ao processo. Mais ainda, dizia que era sofisticado o argumento da preclusão pela simples existência de recurso contra a decisão, conforme sustentado por LIEBMAN (1980).

Noutras palavras, quiçá menos embargadas, a decisão exarada, enquanto ato processual, produz imediatamente todos os seus efeitos, mas a consumição da possibilidade de sua alteração somente ocorrerá em segundo grau, com sua efetiva modificação (provimento do recurso) ou pela preclusão.

Outrossim, consequência disso será o reforço aos já conhecidos pedidos de reconsideração⁴⁴, os quais atualmente encontram limites na preclusão, mas que no Novo CPC poderão grassar, pela inaplicabilidade, em primeiro grau, quanto às decisões, do artigo 494 do Novo CPC.

Quando muito, poder-se-ão rejeitar os pedidos de reconsideração pela ausência de sua previsão legal, mas o que, sinceramente, num processo dominado pela instrumentalidade (artigos 163, 252, 258), que permite a flexibilidade procedimental (artigo 118, inciso V), é argumento pueril.

Penso que uma forma de manter hígida a opção da Comissão Elaboradora do anteprojeto, evitando, na mesma toada, os problemas apresentados, seria adotar procedimento afeito ao processo do trabalho, especificamente o protesto antipreclusivo.

As partes teriam que protestar, evitando a preclusão, contra as decisões que eventualmente discordassem, a fim de posteriormente lhes submeter ao juízo *ad quem*. Omitindo-se no protesto, a questão resolvida queda preclusa, impedindo sua revisão posterior, aplicando-se a elas o disposto no artigo 494 do Novo CPC.

Assim, proponho uma alteração no parágrafo único do artigo 963 do Novo CPC, que passaria a ter a seguinte grafia: "As questões resolvidas na fase cognitiva, se a decisão a seu respeito não comportar

⁴⁴ "Trata-se de figura criada pela praxe forense, de que poucos autores se ocupam. Está-se, na verdade, diante de um expediente informal de impugnação às decisões do juiz, que, todavia, segundo pensamos, não pode ser pura e simplesmente ignorado pelo estudioso do processo, nem que seja para que, afinal, se chegue à conclusão de que se trata de prática absolutamente incompatível com o sistema processual vigente" (WAMBIER, 1996, p. 296).

agravo de instrumento, desde que realizado protesto antipreclusivo, devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões."

6. Considerações finais

Ao propósito, o Novo CPC, apesar de reproduzir as normas do Velho CPC, alterou a disciplina da preclusão, esticando o momento de sua ocorrência nas hipóteses em que determinada questão seja decidida no curso do processo em primeiro grau de jurisdição.

Como se depreende, enquanto as questões não articuladas⁴⁵ precluem pela não suscitação, as enfrentadas pelo magistrado ficam em estado letárgico até a fase da apelação, quando então, olvidadas, recebem a tarja da preclusão.

Circunscrito o plano desta maneira, o centro de gravidade do processo se desloca para o estertor procedimental, momento em que, potencialmente, todas as questões decididas serão revistas.

Daí por que o processo, ao invés de funcionar com um funil, afastando no seu interseco uma miríade de questões, para se concentrar na pretensão meritória, abre seu espectro em segundo grau ao debate de toda e qualquer questão enfrentada no juízo a *quo*.

Nesta linha de inteligência, o Novo CPC erigiu verdadeira preclusão elástica no relativo às questões decididas em primeiro grau, autorizando sua renovação em sede de razões de apelação e/ou contrarrazões, elastecendo, pois, a ocorrência da preclusão daquelas.

Pois bem, no Novo CPC os pedidos de reconsideração encontrarão solo fértil, ao que não se poderá mais simplesmente aventar a ocorrência de preclusão para ceifar o expediente, eis que esta é elástica e somente opera na fase de recurso.

⁴⁵ Exceto as de ordem pública (*supra*) e a comprovação de justa causa.

Ao arremate, curial, obstando os danos marginais da proposta elaborada pela Comissão, a inserção do protesto antipreclusivo no Novo CPC, conforme a proposição ora sugerida (item nº 5), ao que se evitará a sobrevivência de temas sobre os quais as partes no momento da decisão não apresentaram qualquer contrariedade.

Referências

- ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*: parte geral. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao código de processo civil*: lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 2.
- BARBI, Celso Agrícola. Da preclusão no processo civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 52, n. 158, mar./abr. 1955.
- BÜLOW, Oskar Von. Civilprozessuale Fiktionen und Wahrheiten. *Archiv für die Civilistische Praxis*, Göttingen, v. 62, p.1-96, 1879.
- _____. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEJA, 1964.
- CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*: estudos sobre o Processo Civil. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*: introdução e função do processo civil. Traduzido por Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000a. v. 1.
- _____. *Sistema de direito processual civil*: composição do processo. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000b. v. 2.-3.
- CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CHIOVENDA, Giuseppe. In: Cosa juzgada y preclusión. *Ensayos de derecho procesal civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1949. v. 3.
- _____. *Instituições de direito processual civil*: as relações processuais; a relação ordinária de cognição. Anotações de Enrico Tullio Liebman. Traduzido por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. 3.
- _____. *Principios de derecho procesal civil*. Traducción de Jose Casais Y Santalo. Madrid: Reus, 1977. v. 2.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Aniceto Lopez, 1942.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 2.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Traducción de Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Editorial Labor, 1936.
- LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 2. ed. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1985.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de derecho procesal civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1980.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo do conhecimento*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 607.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*: processo de conhecimento. Atualizador Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MIRANDA, Pontes. *Comentários ao código de processo civil*: Arts. 154-281. 3. ed. rev. e aument. Atualização legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 3-4.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*: atualizado de acordo com a nova reforma processual – leis nos 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006. São Paulo: Atlas, 2006.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O novo regime do agravo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000.

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.