

# NOVAS TENDÊNCIAS DO PROCESSO CIVIL

---

ESTUDOS SOBRE O PROJETO  
DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

---

BASEADO NO RELATÓRIO APRESENTADO PELO DEPUTADO PAULO TEIXEIRA,  
COMISSÃO PRESIDIDA PELO DEPUTADO FÁBIO TRAD

---

---

VOLUME II



## ORGANIZADORES

ALEXANDRE  
FREIRE

BRUNO  
DANTAS

DIERLE  
NUNES

FREDIE  
DIDIER JR.

JOSÉ  
MIGUEL  
GARCIA  
MEDINA

LUIZ  
FUX

LUIZ  
HENRIQUE  
VOLPE  
CAMARGO

PEDRO  
MIRANDA  
DE OLIVEIRA

# NOVAS TENDÊNCIAS DO PROCESSO CIVIL

ESTUDOS SOBRE O PROJETO  
DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

BASEADO NO RELATÓRIO APRESENTADO PELO DEPUTADO PAULO TEIXEIRA,  
COMISSÃO PRESIDIDA PELO DEPUTADO FÁBIO TRAD

VOLUME II

2014  
 EDITORA  
JusPODIVM



[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

Rua Mato Grosso, 175 – Pituba, CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia  
Tel: (71) 3363-8617 / Fax: (71) 3363-5050 • E-mail: [fale@editorajuspodivm.com.br](mailto:fale@editorajuspodivm.com.br)

**Conselho Editorial:** Antonio Gidi, Eduardo Viana, Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

**Capa:** Rene Bueno e Daniela Jardim ([www.buenojardim.com.br](http://www.buenojardim.com.br))

**Diagramação:** Caeté Coelho ([caete1984@gmail.com.br](mailto:caete1984@gmail.com.br))

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

**Copyright:** Edições JusPODIVM

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

*Esta obra representa modesta homenagem aos Mestres Ovídio Araújo Baptista da Silva (in memoriam), Galeno Lacerda (in memoriam) e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (in memoriam), por seus legados para a edificação de um renovado processo civil.*



# SUMÁRIO

<b>PREFÁCIO .....</b>	<b>11</b>
<i>LUIZ FUX</i>	
<b>APRESENTAÇÃO .....</b>	<b>13</b>
<b>OS PRINCÍPIOS DO NOVO CPC E A TUTELA EFICIENTE EM TEMPO RAZOÁVEL ....</b>	<b>15</b>
<i>ALEXANDRE ÁVALO SANTANA</i>	
<b>O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO, CONTRADITÓRIO SUBSTANTIVO E SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES VINCULANTES (OVERRULING) NO NOVO CPC – OU DO REPÚDIO A UMA NOVA ESCOLA DA EXEGESE .....</b>	<b>27</b>
<i>ALEXANDRE GUSTAVO MELO FRANCO BAHIA E PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI</i>	
<b>A PROVA PERICIAL NO PROJETO DO CPC: UMA LEITURA A PARTIR DA EXPERIÊNCIA DA ARBITRAGEM E DO DIREITO ANGLO-SAXÃO .....</b>	<b>47</b>
<i>ANDRÉ CHATEAUBRIAND MARTINS</i>	
<b>AINDA É POSSÍVEL UM NOVO CPC MELHOR .....</b>	<b>65</b>
<i>ANDRÉ VASCONCELOS ROQUE, FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, LUIZ DELLORE E ZULMAR DUARTE DE OLIVEIRA JUNIOR</i>	
<b>O PRECEDENTE SOBRE QUESTÃO FÁTICA NO PROJETO DO NOVO CPC.....</b>	<b>85</b>
<i>ANTONIO ADONIAS A. BASTOS</i>	
<b>A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E A GESTÃO DO TEMPO NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....</b>	<b>101</b>
<i>ANTONIO DO PASSO CABRAL</i>	
<b>A DEFESA DO RÉU NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PROJETADO .....</b>	<b>123</b>
<i>ARLETE INÊS AURELLI</i>	
<b>ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA DO JUIZ NO NOVO CPC .....</b>	<b>137</b>
<i>ARTHUR MENDES LOBO E ANTÔNIO EVANGELISTA DE SOUZA NETTO</i>	
<b>O CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL NO PROJETO DO NOVO CPC.....</b>	<b>177</b>
<i>BECLAUTE OLIVEIRA SILVA E WELTON ROBERTO</i>	
<b>OS PODERES DOS MAGISTRADOS DEVEM CONTINUAR A SER AMPLIADOS? CRÍTICAS AO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL À LUZ DE UM MODELO CONSTITUCIONALMENTE (DISCURSIVO-DEMOCRÁTICO) ADEQUADO DE PROCESSO .....</b>	<b>195</b>
<i>BERNARDO GONÇALVES FERNANDES E RENAN SALES DE MEIRA</i>	

<b>QUEM VÊ EMENTA, NÃO VÊ PRECEDENTE: EMENTISMO E PRECEDENTES JUDICIAIS NO PROJETO DO CPC.....</b>	<b>211</b>
<i>BRENO BAÍA MAGALHÃES E SANDOVAL ALVES DA SILVA</i>	
<b>IMPENHORABILIDADES NO PROJETO DE NOVO CPC: SUGESTÃO PARA A RELATIVIZAÇÃO DAS IMPENHORABILIDADES DA REMUNERAÇÃO E DO IMÓVEL RESIDENCIAL.....</b>	<b>239</b>
<i>BRUNO GARCIA REDONDO</i>	
<b>REFLEXÕES SOBRE OS NOVOS RUMOS DA TUTELA DE URGÊNCIA E DA EVIDÊNCIA NO BRASIL.....</b>	<b>251</b>
<i>CARLOS AUGUSTO DE ASSIS</i>	
<b>(I)LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS: ANÁLISE DOS PRECEDENTES À BRASILEIRA E DO ACESSO À JUSTIÇA NO NOVO CPC.....</b>	<b>267</b>
<i>CARLOS MARDEN CABRAL COUTINHO E RAFAELA MARJORIE DE OLIVEIRA CATERINA</i>	
<b>A MEDIAÇÃO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: SOLUÇÃO PARA A CRISE DO JUDICIÁRIO?.....</b>	<b>285</b>
<i>DELTON RICARDO SOARES MEIRELLES E GISELLE PICORELLI YACOUB MARQUES</i>	
<b>EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL EN EL DERECHO PROCESAL COMPARADO: LOS PROYECTOS DE BRASIL Y CHILE.....</b>	<b>303</b>
<i>DHENIS CRUZ MADEIRA, JAIME CARRASCO POBLETE E FRANCISCO JAVIER GODOY CAMUS</i>	
<b>CONTRADITÓRIO E PRECEDENTES: PRIMEIRAS LINHAS.....</b>	<b>343</b>
<i>DIERLE NUNES E RAFAELA LACERDA</i>	
<b>A TRANSFORMAÇÃO DOS EMBARGOS INFRINGENTES EM TÉCNICA DE JULGAMENTO: AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES.....</b>	<b>373</b>
<i>EDUARDO DE AVELAR LAMY</i>	
<b>PEQUENA HISTÓRIA DOS EMBARGOS INFRINGENTES NO BRASIL: UMA VIAGEM REDONDA.....</b>	<b>381</b>
<i>EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA</i>	
<b>DA PENHORA E SEUS REFLEXOS NO ÂMBITO EMPRESARIAL À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....</b>	<b>403</b>
<i>EDUARDO GOULART. PIMENTA</i>	
<b>ARGUIÇÃO DE CONVENÇÃO ARBITRAL NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (EXCEÇÃO DE ARBITRAGEM).....</b>	<b>409</b>
<i>EDUARDO TALAMINI</i>	
<b>PREVISÕES SOBRE A VIA EXTRAJUDICIAL NO NOVO CPC.....</b>	<b>429</b>
<i>ERICA BARBOSA E SILVA E FERNANDA TARTUCE</i>	

<b>SISTEMA DE PRECEDENTES E SISTEMA DE NULIDADES NO NOVO CPC – NOTAS DE UMA HARMONIA DISTANTE .....</b>	<b>447</b>
<i>ERIK NAVARRO WOLKART</i>	
<b>AS CONQUISTAS DA ADVOCACIA E DA CIDADANIA NO CPC PROJETADO .....</b>	<b>457</b>
<i>ESTEFÂNIA VIVEIROS</i>	
<b>O RECURSO DE APELAÇÃO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL .....</b>	<b>473</b>
<i>FERNANDA MEDINA PANTOJA</i>	
<b>ANÁLISE SISTEMA DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO PROJETO DE NOVO CPC COMO INSTRUMENTO DE ACESSO AOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....</b>	<b>493</b>
<i>FERNANDO GONZAGA JAYME E MÁRIO HENRIQUE DE OLIVEIRA</i>	
<b>O DIVÓRCIO E A DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: AVANÇOS E RETROCESSOS.....</b>	<b>513</b>
<i>FERNANDO HORTA TAVARES E ZAMIRA DE ASSIS</i>	
<b>SUMARIZAÇÃO DA COGNIÇÃO NAS TUTELAS DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: EXPECTATIVAS E FRUSTRAÇÕES.....</b>	<b>533</b>
<i>FERNANDO LAGE TOLENTINO E FLÁVIO QUINAUD PEDRON</i>	
<b>O DIREITO À PRODUÇÃO DE PROVAS E AS CORRELATAS QUESTÕES RECURSAIS NO PROJETO DO NOVO CPC .....</b>	<b>547</b>
<i>FERNANDO RUBIN</i>	
<b>A SÍNDROME DA PRESSA E O DIREITO AO PROCESSO EM TEMPO DEVIDO NO PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL .....</b>	<b>567</b>
<i>FLAVIANE DE MAGALHÃES BARROS E MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA</i>	
<b>A ARBITRAGEM NO NOVO CPC – PRIMEIRAS IMPRESSÕES.....</b>	<b>583</b>
<i>FRANCISCO JOSÉ CAHALI E THIAGO RODOVALHO</i>	
<b>CONCEITUAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA, DA TUTELA CAUTELAR E DA TUTELA DE EVIDÊNCIA .....</b>	<b>605</b>
<i>FREDERICO AUGUSTO LEOPOLDINO KOEHLER E GABRIELA EXPÓSITO TENÓRIO MIRANDA</i>	
<b>A ARBITRAGEM NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (VERSÃO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, DEP. PAULO TEIXEIRA).....</b>	<b>619</b>
<i>FREDIE DIDIER JR.</i>	
<b>A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES NO RELATÓRIO FINAL DO NOVO CPC.....</b>	<b>627</b>
<i>GLÁUCIO MACIEL GONÇALVES E ANDRÉ GARCIA LEÃO REIS VALADARES</i>	
<b>GARANTISMO PROCESSUAL E PODERES DO JUIZ NO PROJETO DE CPC .....</b>	<b>641</b>
<i>GLAUCO GUMERATO RAMOS</i>	

SUMÁRIO

<b>O PAPEL DO RELATOR NO JULGAMENTO COLEGIADO E O PROJETO DE NOVO CPC: ALGUNS AVANÇOS EM PROL DO CONTRADITÓRIO .....</b>	<b>645</b>
<i>GUILHERME JALES SOKAL</i>	
<b>INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – UMA PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO DE SEU PROCEDIMENTO.....</b>	<b>663</b>
<i>GUILHERME PERES DE OLIVEIRA</i>	
<b>A ADJUDICAÇÃO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....</b>	<b>671</b>
<i>HELDER MORONI CÂMARA</i>	
<b>O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO E A VERSÃO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS PARA O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....</b>	<b>677</b>
<i>HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO</i>	
<b>A TUTELA DA POSSE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (PL 8.046/2010).....</b>	<b>695</b>
<i>HUMBERTO THEODORO JÚNIOR</i>	
<b>TUTELA DE URGÊNCIA PARA OBTENÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO JULGADO IMPUGNADO POR RECURSO EXTRAORDINÁRIO.....</b>	<b>709</b>
<i>JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, DIERLE NUNES, ALEXANDRE REIS SIQUEIRA FREIRE E MARCELLO SOARES CASTRO</i>	

# PREFÁCIO

*LUIZ FUX<sup>1</sup>*

Eis que o ano 2014 se inicia. Com ele, inaugura-se mais uma rodada de debates, propostas e reflexões em torno do novo Código de Processo Civil para o Brasil. Encerrou-se 2013 com a aprovação, pela Câmara dos Deputados, de quatro livros do projeto do *codex*. No horizonte, delineia-se de forma cada vez mais nítida um processo servil às aspirações democráticas dos brasileiros, capaz de prestar a cada cidadão lesado em seus direitos a resposta célere e eficaz do aparato jurisdicional do Estado. A estabilidade jurídica que o novel diploma proporcionará terá impacto direto na economia nacional, estimulando investimentos, coibindo a especulação e conferindo novo fôlego à atividade produtiva. São, portanto, alterações importantes não apenas para as vidas dos que atuam no dia-a-dia forense e dos estudiosos do Direito – o novo sistema processual definirá os rumos do país sob os aspectos social, econômico e político pelas próximas décadas.

No prefácio ao primeiro volume desta coletânea, destaquei o caráter dialógico da gestação do novo Código de Processo Civil. A comissão responsável pela elaboração do seu anteprojeto realizou diversas audiências públicas por todo o Brasil; inúmeras propostas foram encaminhadas à comissão, sendo que várias foram acolhidas; no Congresso, novas rodadas de audiências públicas e colheita de sugestões enriqueceram o debate. Submetendo-se, dessa forma, ao mais genuíno batismo democrático, o novo Código deve ser reconhecido como uma importante conquista da sociedade brasileira, aguardada com a expectativa própria dos grandes acontecimentos e, por isso mesmo, alvo da atenção dos acadêmicos e operadores do Direito.

Os estudos que compõem a presente obra, ao retratarem o pensamento de talentosos processualistas de diversas gerações, solidificam os institutos contemplados no Código vindouro, fornecendo ao leitor, durante o prazeroso passeio pelas suas páginas, a oportunidade de antever o futuro do Direito Processual brasileiro. Boa leitura!

---

1. Ministro do Supremo Tribunal Federal; Professor Titular de Direito Processual da Universidade do Estado do Rio De Janeiro (UERJ)



# APRESENTAÇÃO

O processo legislativo no sistema democrático é repleto de virtudes, especialmente pela oportunidade de todos poderem participar e oferecer contribuições. Virtudes que podem se tornar vicissitudes pela dificuldade de conciliar inúmeros interesses contraditórios.

Evidentemente, a livre oportunidade de sugerir, mediante variadas ferramentas, não representa a possibilidade de acatamento completo das contribuições, em face da necessidade e busca de coerência com o sistema legislativo idealizado.

Assim, a possibilidade de absorção das propostas não se mostra viável nem mesmo para aqueles diretamente ligados no processo de elaboração das leis.

Essas características do processo de elaboração de leis num ambiente democrático se mostram presentes na tramitação do CPC projetado, que, recentemente, dia 26 de novembro de 2013, teve seu texto base aprovado pela Câmara dos Deputados.

Desde o início de sua tramitação naquela Casa legislativa um dos traços marcantes foi a abertura ao debate e às contribuições de todos que desejaram fazê-lo, em especial, pela atuação e disponibilidade dos Deputados Fábio Trad (presidente da Comissão), Sérgio Barradas Carneiro e Paulo Teixeira (relatores sucessivos do projeto).

Certamente o CPC projetado não terá o condão de resolver todos os dilemas de um sistema que já conta com mais de 93 milhões de demandas em andamento, mas poderá representar um passo importante na adoção de novas premissas interpretativas e técnicas no campo processual.

A constitucionalização de 1988 e a mudança qualitativa e quantitativa dos litígios civis induz a busca de uma nova lei processual que se adapte aos novos desafios de um ordenamento jurídico em transição. Esse é o pano de fundo do CPC Projetado.

Dentro deste contexto, uma obra jurídica que se predispõe a comentar a lei projetada deve partir da mesma pluralidade que caracterizou sua elaboração.

Assim, os Volumes II e III do Novas tendências do Processo Civil, mais uma vez, ofertam a comunidade jurídica uma contribuição ímpar, juntando grandes expoentes da ciência processual ao lado de novos pesquisadores, juristas de várias gerações e de diversas escolas processuais, críticos e defensores das técnicas projetadas, que no contexto democrático proporcionarão ao leitor uma visão panorâmica do projeto Relatado pelo Deputado Paulo Teixeira (PT-SP).

A obra é composta de artigos que perpassam todas as dimensões do projeto; mais de oitenta textos de mais de cem autores.

Trata-se, nesses termos, de uma obra singular e imprescindível para qualquer jurista brasileiro.

Os coordenadores



# OS PRINCÍPIOS DO NOVO CPC E A TUTELA EFICIENTE EM TEMPO RAZOÁVEL

ALEXANDRE ÁVALO SANTANA<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, emergiu uma pontual alteração constitucional que, por sua vez, repercutiu em todo o sistema processual brasileiro. Trata-se da inclusão do inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que, após referida emenda, passou a prever expressamente o direito à razoável duração do processo entre os direitos fundamentais.

A partir de uma breve análise de alguns direitos fundamentais e das últimas reformas processuais, o presente estudo busca destacar o papel dos princípios constitucionais como importante sustentáculo para a criação e aplicação de diversas técnicas de sumarização adotadas no projeto do Novo Código de Processo Civil (PL 8.046/2010), com destaque especial para os “novos” princípios adotados expressamente no texto do Código Projetado.

Nesse contexto, o presente texto aponta os fundamentos principiológicos e constitucionais que sustentam a reforma do direito processual, seja por meio de alterações legislativas pontuais já implantadas ou da nova codificação que se aproxima, tudo sob o prisma da *razoável duração do processo* e, principalmente, da atual missão de se dar efetividade a tal direito com a *eficiência* que se espera da prestação da tutela jurisdicional, aspectos que impõem, além da providencial *transformação legislativa*, uma mudança de postura por parte dos atores do sistema processual, apontados no texto como *sujeitos de transformação* do sistema processual brasileiro.

Exatamente nesse cenário de inevitável transformação, em 16 de julho de 2013, foi aprovado, na comissão especial da Câmara dos Deputados, o substitutivo do projeto do *Novo Código de Processo Civil* que, emergindo como instrumento proclamador de novos tempos, certamente, representará a mais emblemática de todas as recentes alterações legislativas.

---

1. Professor de Direito Processual Civil e Direito Constitucional (graduação e pós-graduação). Professor da Universidade Católica Dom Bosco (UCDB), Professor da pós-graduação da Escola da Magistratura do Trabalho (Ematra-24 região), Professor da pós-graduação do Complexo Educacional Damásio de Jesus (Unidade-CG), Pós-graduado em Direito Processual Civil (INPG-UCDB). Pós-graduando em Direito Constitucional (PUC-RJ). Assessor Jurídico no Tribunal de Justiça-MS. Autor de diversos livros e artigos publicados em revistas e sites especializados.

## 2. O DIREITO PROCESSUAL E OS PRINCÍPIOS/DIREITOS FUNDAMENTAIS

É cediço que, independentemente de qualquer previsão expressa, o sistema processual encontra seu fundamento nos denominados princípios/direitos fundamentais, os quais podem ser identificados como aqueles que possuem ideia de essencialidade, ou seja, aqueles que, entre os vários direitos, possuem uma maior carga valorativa e, muitas vezes, são reconhecidamente implícitos (art.5º, § 2º, CF), ou, ainda, encontrados explicitamente em diversos dispositivos da Constituição da República, como é o caso do princípio/direito à razoável duração do processo (art.5º, LXXVIII, CF).

Nesse prisma, sobreleva elucidar que os referidos direitos fundamentais representam um gênero do qual, de um modo geral, é possível destacar três espécies principais: a) direitos individuais, b) direitos sociais e os c) direitos políticos.

Em que pese o tema “direitos fundamentais” estar bastante em voga no direito constitucional contemporâneo, principalmente pelo fato de ser elemento importante que compõe as teorias construtivas do novo método denominado neoconstitucionalismo (assunto que sozinho renderia outro artigo), o seu aprofundamento não seria apropriado nesta oportunidade.

No entanto, a partir de uma análise perfunctória, é possível afirmar que os direitos fundamentais se desenvolveram, entre outros motivos, em decorrência de um período histórico cuja tônica foi a afirmação do modelo de constitucionalismo liberal, o que culminou na reformulação do próprio conceito de Estado.

Como necessária incursão introdutória e com o escopo de alocar o leitor, destaca-se o tema “gerações dos direitos fundamentais” que, por sua vez, encontra importante base científica nos estudos realizados por Norberto Bobbio em seu livro *"A era dos direitos"*. Esse importante autor classificou referidos direitos a partir de seu conteúdo, distribuindo-os, inicialmente, em 3 (três) gerações.

Em síntese, seus estudos abordaram, primeiramente, os direitos do indivíduo como fator de limitação da atividade do Estado. Em seguida, aqueles de cunho social, inerentes à atuação estatal positiva. Por fim, foram identificados aqueles direitos que difundem uma ideia de solidariedade.

Nesse prisma, como forma de atuação positiva, as alterações legislativas referentes ao sistema processual podem ser identificadas como importante instrumento de realização de valores constitucionais imprescindíveis para a coletividade e, especialmente, para o jurisdicionado.

Atenta a esta necessária concepção constitucionalista, a comissão de juristas que elaborou o Anteprojeto do novo CPC destacou que para a solução dos problemas que prejudicam a adequada prestação da tutela jurisdicional faz-se necessário *“Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais.”*

Por fim, ao corroborar a ideia de que as reformas processuais, mormente o Novo Código de Processo Civil, devem servir como instrumento de concretização dos valores constitucionais, a comissão que elaborou o anteprojeto explicitou que *"A coerência substancial há de ser vista como objetivo fundamental, todavia, e mantida em termos absolutos, no que tange à Constituição Federal da República. Afinal, é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais."* (Exposição de Motivos do Anteprojeto)

### 3. ORDEM JURÍDICA JUSTA EM TEMPO RAZOÁVEL E AS TÉCNICAS DE SUMARIZAÇÃO DO NOVO CPC

Partindo-se do entendimento de que a razoável duração do processo emergiu como direito fundamental expressamente previsto no texto constitucional, alguns aspectos relevantes merecem ser mencionados.

Antes mesmo da EC/45 e da promulgação da atual Constituição da República, ao tratar da correlação entre o Direito Processual Civil e o Direito Constitucional, o ilustre jurista Arruda Alvim já ressaltava que *"A aplicação da justiça é por excelência uma atividade pública. Sendo assim, é compreensível que ela radique seus traços fundamentais no Direito Constitucional."*<sup>2</sup>, ensinamento que já revelava uma visão, até então vanguardista, de um processo comprometido com valores constitucionais.

De início, vale ressaltar que o direito a uma ordem jurídica justa, como preceito fundamental, já se encontrava inserido, implicitamente, no inciso XXXV do artigo 5º da Carta Magna (garantidor do livre acesso ao Judiciário), o que, por si só, a princípio, dispensaria a "inovação" trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

A propósito, a par do direito interno, a prestação jurisdicional efetiva e em tempo razoável já se encontra prevista no rol dos direitos do ser humano reconhecidos pela comunidade internacional. É o que se pode constatar, inclusive, no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (OEA), mais precisamente, nos arts. 8.º, 1. e 25, 1., da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – *Pacto de San José da Costa Rica*, tratado do qual do Brasil é signatário.

Nesse contexto, o acesso a uma ordem jurídica justa traz implícita a ideia da necessária *eficiência* na prestação da tutela jurisdicional, o que deve ocorrer à luz do princípio da *razoável duração do processo*. Logo, por se tratar de direito fundamental, alocado entre as conhecidas liberdades públicas positivas, traz consigo, desde sempre, a compreensão de que deverá ocorrer dentro de certa *razoabilidade*, inclusive, temporal.

Nesse prisma, o exercício do direito do jurisdicionado deveria ocorrer sem óbices capazes de suplantar seu escopo maior, uma vez que, além de representar um meio de remediar a lesão ao direito, deve resguardá-lo de qualquer ameaça, o que significa evitar, inclusive, a concretização de qualquer lesão (trata-se da ideia de direito processual preventivo, exigência dos novos tempos).

2. ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil. RT, 1986, p.36.

Por conseguinte, emerge imprescindível a observância de um lapso temporal razoável, capaz de garantir a prestação da tutela jurisdicional *sem dilações indevidas*, de modo a garantir a devida efetividade para cada jurisdicionado.

Importante mencionar que o princípio/direito fundamental estampado no inciso LXXVIII do art.5º da Constituição, apesar de sua relevância para o propósito de embasar expressamente uma reformulação do direito processual civil brasileiro, já se encontrava implícito na garantia de acesso ao Judiciário, eis que, na acepção de uma ordem jurídica justa, a prestação jurisdicional deve ocorrer em tempo razoável, pois somente assim seria capaz de tutelar os direitos dos destinatários de tal garantia.

Ao apreciar a necessária efetividade que deve ser conferida ao referido direito fundamental, Uadi Lamêgo Bulos destaca que *“O problema está em saber o que significa razoável duração do processo, bem como quais os meios para assegurar a rapidez de seu trâmite. Oxalá o legislador logre o êxito de esclarecer tal ponto”*.<sup>3</sup>

Nessa linha, emerge a ideia de sumarização do sistema processual brasileiro (com fundamento expresso em preceito constitucional), consistente na adoção de novas técnicas construídas pelo poder legiferante, com o fim de abreviá-lo, tornando-o mais ágil.

Como exemplo de métodos já implantados no Sistema Processual vigente, podem ser citados: a) O processo sincrético; b) a necessidade de demonstração da repercussão geral para interposição de Recurso Extraordinária; c) A técnica de Julgamento dos Recursos Repetitivos; d) A possibilidade de penhora online; f) Regulamentação do processo eletrônico, além de tantos outros facilmente identificáveis no sistema vigente.

Por outro lado, inúmeras novidades podem ser encontrados no Projeto do Novo Código de Processo Civil (PL 8.046/2010), ainda em fase de discussão na Câmara dos Deputados.

Entre as diversas modificações inovadoras, é possível destacar: a) a criação de uma parte geral, tornando mais claras as diretrizes que devem nortear o operador; b) a inclusão expressa de novos princípios processuais; c) a invasão de diversas cláusulas gerais no texto do CPC; d) a possibilidade de que a sentença condenatória de obrigação de pagar sirva de instrumento para a promoção de protesto e inclusão do nome do devedor em órgãos de restrição ao crédito; e) a criação de um incidente de solução de demandas repetitivas; f) a inserção expressa da tutela de evidência e a técnica de estabilização; g) a supressão de algumas modalidades recursais; h) a criação de novas técnicas de julgamento que valorizam o precedente; i) fixação de ordem cronológica para o julgamento dos recursos; j) inserção de mecanismos que visam estimular a mediação e conciliação em qualquer etapa do processo; l) A Flexibilização Procedimental como instrumento da tutela, entre outras.

---

3. BULOS, Uadi Lamêgo. Constituição Federal Anotada. Saraiva, 2012, p.397.

#### 4. UM NOVO PROCESSO CIVIL OU APENAS UM CÓDIGO NOVO? A IMPORTÂNCIA DOS SUJEITOS DE TRANSFORMAÇÃO PARA IMPLEMENTAÇÃO DE UM SISTEMA PROCESSUAL INOVADOR

Da leitura atenta do projeto (PL 8.046/2010), é possível constatar que, corroborando as recentes alterações pontuais, o Novo Código de Processo Civil traz em seu bojo a queda de diversos paradigmas e, de consequência, uma verdadeira reformulação conceitual de todo o direito processual, agora ancorada em norma constitucional expressa.

Ocorre que, além da importante alteração legislativa, por certo, é imprescindível que se implemente uma nova postura de todos os operadores do direito (atores do sistema processual) que, por sua vez, serão aqui identificados como *sujeitos de transformação*.

Primeiramente o *Julgador* (Estado-Juiz), ao lado dos demais *sujeitos de transformação*, se apresenta como peça fundamental para que o alvo desse direito fundamental seja alcançado, o que, nas lições do Ex-Ministro da Corte Suprema Carlos Maximiliano, significa dizer:

“Os juízes, oriundos do povo, devem ficar ao lado dele, e ter inteligência e coração atentos aos seus interesses e necessidades. A atividade dos pretórios não é meramente intelectual e abstrata; deve ter um cunho prático e humano”

(...)

“Em resumo: é o magistrado, em escala reduzida, um sociólogo em ação, um moralista em exercício; pois a ele incumbe vigiar pela observância das normas reguladoras da coexistência humana, prevenir e punir as transgressões das mesmas.”<sup>4</sup>

Do *Jurisdicionado em potencial e do Advogado*, também *sujeito de transformação*, noutro passo, após um período de perplexidade diante de novos métodos de cognição, se exigirá uma postura pró-ativa, pois, em que pese uma cultura “demandista” dos brasileiros (herança de uma colonização portuguesa), buscar-se-á, com o tempo, a coexistência de uma tutela justa (prestada em tempo razoável). Aliada a uma conduta preventiva por parte dos seus destinatários, mesmo antes de instaurada a lide.

No contexto de mudanças, emerge ainda mais relevante o papel de toda a *sociedade*, pois é ressabida a função social do direito, afinal não há sociedade sem direito (*ubi societas ibi jus*).

Isso decorre da ideia de que a sociedade pressupõe ordem, organização e cooperação entre os indivíduos que a compõe, mas de onde, sem dúvida, podem emanar conflitos, surgindo daí o papel do Estado de promover a harmonia social.

Por fim, a inclusão expressa de um princípio fundamental de tamanha envergadura no sistema revela a finalidade de necessária modificação de perspectiva do processo civil, em grande parte responsável pelo caos que permeia o sistema atual. No entanto, a realização prática do aludido direito depende de medidas legislativas somadas a uma nova postura a ser adotada pelos operadores do direito, bem como por toda coletividade.

4. MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação. Forense, 2003, p.51.

## 5. A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS JÁ IMPLEMENTADAS PARA SUA CONCRETIZAÇÃO

Nessa esteira de efetivação de valores constitucionais que repercutem no sistema processual após a EC n.45/04, porém antes de se vislumbrar o Projeto do Novo CPC, algumas transformações recentes já foram implementadas, tanto no Código vigente como em leis processuais esparsas, identificáveis em outros estatutos jurídicos.

Primeiramente, a adoção recente do *processo sincrético*, pode ser destacada como importante técnica implantada que, por sua vez, se alinha perfeitamente com a busca pela concretização do referido preceito constitucional da razoável duração do processo, pois de nada adiantaria conceder a tutela jurisdicional ao indivíduo que demonstrou ter razão no processo de conhecimento se tal provimento se mostrar inócuo, ou seja, ineficiente devido à demora na efetiva entrega da tutela jurisdicional.

Registre-se o entendimento no sentido de que alguns provimentos, como é o caso do mandamental e executivo *lato sensu* (reconhecidos pela doutrina seguidora da classificação quinária de Pontes de Miranda), já adotariam a o processo sincrético, mesmo antes da reforma, pois, nessas hipóteses, para se efetivar o provimento decorrente da atividade cognitiva exercida, já era dispensada a instauração de processo autônomo de execução, a exemplo do que já ocorria nos interditos possessórios.

Sobre o processo sincrético, o professor José Carlos Barbosa Moreira, elucida o processo sincrético *“consiste na junção das atividades jurisdicionais cognitiva e executiva, eliminando-se a diferenciação formal entre o processo de conhecimento e o de execução”...* *“Em vez de dois processos sucessivos, teremos um só, no qual se sucederão, ao longo de duas fases, mais praticamente sem solução de continuidade, os atos de uma e de outra espécie”*<sup>5</sup>

Nesse contexto, marca da efetividade de tal direito pode ser identificada na extinção do processo autônomo de execução de título judicial para pagamento de quantia (Livro II do CPC). Por conseguinte, foi criado o instituto do "cumprimento da sentença", inserido como uma fase do processo de conhecimento posterior ao trânsito em julgado, que dispensa a instauração de um novo processo.

Outra importante alteração legislativa refere-se ao novo método para o julgamento do recurso especial, aplicável nos casos em que a controvérsia representa a multiplicidade de recursos, emergindo como mais uma providência legislativa cujo escopo é racionalizar a prestação da tutela jurisdicional com a adoção de técnicas de sumarização do processo que, por sua vez, encontram respaldo no novo preceito constitucional.

A propósito, a partir da nova sistemática implantada para o julgamento dos processos repetitivos, constata-se que as cortes superiores (mais precisamente o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal), passaram a pacificar alguns entendimentos, resolvendo controvérsias, por meio da objetivação das matérias discutidas,

---

5. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual, *Nona Série*. Saraiva, 2007, p. 315.

em diversos temas impactantes para toda à coletividade, técnica de sumarização que foi aprimorada no projeto do Novo CPC.

Outro interessante exemplo merece ser destacado. Trata-se da recente alteração legislativa promovida pela Lei. nº 12.034/09, aplicável aos processos que tramitam na justiça eleitoral, eis que, por meio de tal modificação, adotou-se, expressamente, o novo preceito constitucional da razoável duração do processo. É o que se extrai da atual redação do art. 97-A, da Lei nº 9504/97.

Além disso, de forma inovadora, referido dispositivo legal estabeleceu um critério temporal objetivo ao dispor o que deve ser considerado duração razoável do processo. Assim, delimitou, objetivamente, o prazo máximo de 1 (um) ano para a tramitação do processo em todas as instâncias da Justiça Eleitoral.

Com efeito, referido dispositivo passou a dispor que *“Nos termos do inciso LXXVIII do art. 5º Constituição Federal, considera-se duração razoável do processo que possa resultar em perda de mandato eletivo o período máximo de 1 (um) ano, contado da sua apresentação à Justiça Eleitoral.”*

Não bastasse a fixação de lapso temporal máximo para a tramitação do feito, o § 2º do mesmo artigo ressalva expressamente a possibilidade de representação contra o órgão jurisdicional que descumprir referido preceito fundamental da razoável duração do processo, ao dispor que *“Vencido o prazo de que trata o caput, será aplicável o disposto no art. 97, sem prejuízo de representação ao Conselho Nacional de Justiça.”*

Nota-se que, nesse contexto, a legislação que trata do processo eleitoral apresenta uma postura vanguardista se comparada aos outros regramentos processuais previstos no ordenamento, pois estabelece critérios objetivos capazes de estabelecer máxima efetividade ao direito fundamental.

## 6. A TÉCNICA DE ADOÇÃO EXPRESSA DE PRINCÍPIOS NO PROJETO DO NOVO CPC

Partindo-se do pressuposto de que para um princípio fundamental deve ser dada a máxima efetividade, é possível afirmar que as alterações trazidas no projeto do Novo Código de Processo Civil traduzem, em regra, uma maior concretude para diversos valores constitucionais.

Nesse contexto, é o que se buscou implementar, inclusive, por meio da inclusão expressa de alguns princípios constitucionais no texto do projeto, principalmente no que denominou como Parte Geral (Livro I), Título Único, Capítulo I, denominado “Das Normas Fundamentais do Processo Civil.”

Considerado referido enfoque, as comissões do anteprojeto, do Senado (PLS n.166/2010) e da Câmara (PL 8046/2010), merecem reconhecimento, uma vez que os envolvidos conseguiram dar um tratamento efetivo e equilibrado ao princípio fundamental da *razoável duração do processo* e ao princípio da *segurança jurídica* que devem nortear a prestação da tutela jurisdicional.

A propósito, a comissão composta por consagrados juristas explicitou entre suas diretrizes que “1) *A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à **Constituição Federal da República** fez com que se incluíssem no Código, expressamente, **princípios constitucionais**, na sua versão processual. Por outro lado, muitas **regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais...***”. (Exposição de Motivos do Anteprojeto)

Assim, dentro da concepção de um *direito processual constitucional*, o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, aprovado no Senado (PLS n.166/2010) e remetido à Câmara dos Deputados (PL 8046/2010), trazia, em seu art. 1º, a expressa determinação de que “*O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.*”

No entanto, na sua última versão, a redação adotada para o referido art. 1º passou a ser a seguinte “*O processo civil será ordenado e disciplinado conforme as normas deste Código*” alteração que, por certo, em nada prejudica a necessidade de se ordenar, disciplinar e interpretar o novo CPC de acordo com os valores e princípios fundamentais contidos na Constituição.

Na mesma linha, o artigo 4º, com a redação mantida integralmente na última versão do projeto, dispõe que “*As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa.*”

Nota-se aqui, a adoção expressa do *princípio da razoável duração do processo*. Obviamente, não se pode confundir o explicitado “*direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide*” com celeridade a todo custo, sob pena de ao argumento de uma rapidez exacerbada colocar-se em risco a segurança jurídica.

Assim, a concretização de um valor constitucional tão estimado deve estar umbilicalmente ligada ao *princípio da segurança jurídica* e do *devido processo legal*, características que já foram destacadas em todo o texto.

A propósito, tanto no anteprojeto como no projeto do Novo CPC, há verdadeiro equilíbrio entre os princípios da segurança jurídica e da duração razoável, aspecto que também deve ser observado por todos os operadores do direito e pelos jurisdicionados na condição de destinatários do princípio constitucional e das novas regras processuais que o corroboram.

Na mesma linha de inclusões principiológicas expressas, a inserção dos princípios *da boa-fé e da eficiência* no texto do iminente Novo Código Projetado também mereceram destaque. Confira-se:

Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 6º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

A propósito, os valores trazidos nos dispositivos acima já permeiam a atividade cognitiva exercida pelos juízes e tribunais e, muitas vezes, servem de fundamento valioso na solução de conflitos levados ao Poder Judiciário.

No que se refere ao *princípio da boa-fé* adotado no projeto, é relevante destacar que sua compreensão deve se dar, justamente, na sua acepção objetiva, uma vez que o art. 5º aponta expressamente para um dever de conduta que se espera dos sujeitos processuais ao dispor que, todos que de alguma forma participarem do processo, devem “*comportar-se de acordo com a boa-fé*”.

Em outras palavras, basta uma análise perfunctória para se constatar que o dispositivo projetado impõe uma boa-fé comportamental. Trata-se da necessária probidade e lealdade que deve nortear as condutas perpetradas durante o processo, o que, por certo, ultrapassa os aspectos anímicos da já conhecida boa-fé subjetiva, na qual a análise fica circunscrita ao âmbito da intenção das partes.

Nesse contexto, em decorrência da boa-fé objetiva, por exemplo, é inadmissível que as partes adotem postura contraditória em juízo. Em outras palavras, parece adequado afirmar que o dever da boa-fé objetiva traz consigo a inerente ideia do *venire contra factum proprium*, instituto já bastante desenvolvido no âmbito da doutrina civilista.

Quanto ao *princípio da eficiência*, Fredie Didier Jr., em seu artigo “Apontamentos para a Concretização do Princípio da Eficiência” sustenta, com proficiência, tratar-se de “*uma versão contemporânea (e também atualizada) do conhecido princípio da economia processual*”, valor que deve ser observado tanto na Administração Judiciária como na gestão de cada processo, guardando verdadeira relação com a busca pela celeridade na prestação da tutela jurisdicional.

Referida concepção emerge evidente ao se distinguir efetividade de eficiência uma vez que, como bem elucidado pelo citado processualista “*Um processo pode ser efetivo sem ter sido eficiente – atingiu o fim “realização do direito” de modo insatisfatório (com muitos resultados negativos colaterais elou excessiva demora, por exemplo). Mas jamais poderá ser considerado eficiente sem ter sido efetivo...*” (Novas Tendências do Processo Civil, Juspodvm, 2013, p. 436)

Nota-se, então, que alguns direitos/princípios devem ser observados na busca de uma prestação jurisdicional ideal e eficiente, aliás, “*Nesse signo na razoável duração do processo se tem um aceno ao princípio da razoabilidade*”.<sup>6</sup>

A propósito, no que tange aos *princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, reconhecidos pela doutrina constitucionalista como *princípios implícitos*, é possível afirmar que a inclusão expressa no Novo CPC revela-se, tão somente, como medida densificadora de valores que devem nortear toda atividade pública, inclusive, a atividade jurisdicional.

6. DA SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição. Malheiros, 2007, p.176

Para a aplicação dos referidos princípios, especialmente no que se refere a *princípio proporcionalidade*, é relevante reafirmar a observância dos critérios já consagrados doutrinariamente, quais sejam, *necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito*.

Nesse diapasão, os princípios da *proporcionalidade* e da *razoabilidade* apresentam-se como poderosos instrumentos para a solução de dilemas aparentemente intransponíveis, como é o caso do necessário equilíbrio entre a celeridade e a qualidade da prestação da tutela jurisdicional.

Ao tratar do tema, Luiz Guilherme Marinoni já elucidou que “*A busca de decisões perfeitas bate-se contra a necessidade de respostas rápidas do processo. Se o primeiro objetivo exige tempo, o segundo escopo impõe a restrição desse elemento*”. Logo, diante de eventuais conflitos aparentes, na solução do caso concreto, o julgador deverá fazer suas escolhas hermenêuticas sempre pautado na razoabilidade e na proporcionalidade, agora dispostas expressamente como princípios do Código Projetado.

Por fim, é importante ressaltar que, no caso de haver aparente conflito entre princípios/direitos previstos constitucionais (e também previstos no novo CPC), o operador do direito poderá socorrer-se dos critérios de ponderação (Robert Alexy), com o fim de se buscar qual deverá ser aplicado, solução que poderá ser efetivada pelo exame da preponderância de cada direito e eventual cedência a ser aplicada no caso concreto.

### **6.1. A supressão de recursos e o restabelecimento do efeito suspensivo automático da apelação – Necessidade de confirmar os novos princípios**

O Projeto do Novo Código de Processo Civil, ainda em construção, dedicou bastante atenção ao tema recursos, o que se justifica ante ao potencial impacto positivo que um sistema recursal moderno e eficiente pode exercer sobre a prestação de uma tutela jurisdicional adequada.

Nesse prisma, entre as alterações sobre recursos, registre-se que o Código Projetado não contempla o agravo retido e os embargos infringentes como modalidades recursais, concentrando a solução de diversas controvérsias para a via do recurso de apelação, o que se alinha com os objetivos que nortearam os trabalhos da comissão do anteprojeto, entre os quais se destacou a necessidade de se “*3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo o recursal.*”

Como dito, a simplificação recursal, inclusive por meio da supressão de algumas modalidades recursais se alinha aos princípios explicitados no Novo CPC, pois mostra-se evidente que a atual sistemática dos recursos é, em grande parte, responsável pela morosidade que se pretende combater, característica que se contrapõe aos valores fundamentais que devem ser concretizados por meio da almejada tutela eficiente.

No entanto, ainda no âmbito dos recursos, a par dos diversos pontos positivos do projeto, destacava-se, como importante alteração, o fim do efeito suspensivo auto-

---

7. MARINONI, Luiz Guilherme. Manual do Processo de Conhecimento. RT, 2006, p.584

mático da apelação, o que, inclusive havia sido mantido e aprimorado pela comissão, até a versão apresentada em novembro de 2012 (Relatório entregue pelo Deputado Sérgio Barradas).

Ocorre que, apesar dos indiscutíveis avanços em matéria recursal, lamentavelmente, a atual versão apresentada em julho de 2013 (Relatório entregue pelo Deputado Paulo Teixeira), trouxe em seu bojo o retorno do efeito suspensivo automático da apelação, o que, de acordo com a maioria dos processualistas brasileiros, contraria a onda de avanços que permeiam o Novo Código de Processo Civil e que se alinham com a ideia de se implementar um processo mais célere e, por consequência, mais eficiente.

Nesse prisma, o fim do efeito suspensivo automático da apelação repercuti uma situação processual deveras justa, uma vez que, por meio de uma inversão simples, técnica e altamente positiva, é possível, de uma só vez, reconhecer o valor da atividade cognitiva exercida pelo julgador de primeiro grau e transferir ao devedor (parte vencida) o ônus de arcar com os efeitos deletérios que o transcurso do tempo causa ao processo e aos litigantes.

Diante disso, por tratar de importante inovação, espera-se que seja restabelecido o fim do efeito suspensivo automático da apelação nos moldes trazidos no relatório apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas, o que poderá ocorrer, quiça, até a conclusão de todo o processo legislativo de construção do Novo CPC.

## 7. CONCLUSÃO

Considerados os limites do presente ensaio, constatou-se a instauração de um novo direito processual, a ser implantado no ordenamento jurídico brasileiro, o que deve ocorrer a partir de balizas constitucionais, mormente, em razão da inserção expressa do direito fundamental à razoável duração do processo entre outros direitos previstos no art. 5º da Constituição da República.

Logo, referido aspecto serviu de fundamento às reformas processuais já implantadas e ao Novo Código de Processo Civil, já encaminhado para análise do legislativo, construção que se alinha ao sistema da verticalidade hierárquica das normas.

Observa-se, ainda, que com o escopo de promover meios capazes de propiciar a celeridade dos atos processuais e, em via de consequência, dar efetividade aos preceitos do livre acesso a uma ordem jurídica justa e da razoável duração do processo, o sistema processual passa por um momento de providencial *transformação legislativa*, iniciada em meados da última década e que culminou na edição de diversas leis processuais, bem como na proposta de um Anteprojeto de um Novo Código de Processo Civil e do Projeto (PL 8.046/2010) representativos de grandes avanços que se aproximam.

Por derradeiro, sobreleva corroborar que um Novo CPC e as importantes alterações a serem inseridas por meio dele estarão blindadas pelo irrefutável argumento em prol de um direito fundamental que, para ser efetivo e eficiente, dependerá também da mudança de postura de todos os sujeitos envolvidos na atividade jurisdicional (atores do processo), os quais aqui foram denominados *sujeitos de transformação*.

## 8. BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil. RT, 1986.
- BUENO, Cássio Scarpinella. A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil. Saraiva, 2007.
- BULOS, Uadi Lamêgo. Constituição Federal Anotada. Saraiva, 2012.
- DA SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição. Malheiros, 2007.
- DE ASSIS, Araken. Cumprimento da Sentença. Forense, 2006.
- DESTEFENNI, Marcos. Curso de Processo Civil. Saraiva, 2009.
- DIDIER Jr., Fredie. Novas Tendências do Processo Civil, Juspodvm, 2013.
- DOS SANTOS, Ernane Fidelis. As Reformas de 2005 do Código de Processo Civil. Saraiva, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Manual do Processo de Conhecimento. RT, 2006.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação. Forense, 2003.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual, *Nona Série*. Saraiva, 2007.
- NERY JÚNIOR Nelson, e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 9 ed. RT, 2006.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. Breves Comentários a Nova Sistemática Processual Civil. RT, 2006.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Título Executivo e Liquidação. 2 ed. RT, 2001.

# O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO, CONTRADITÓRIO SUBSTANTIVO E SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES VINCULANTES (*OVERRULING*) NO NOVO CPC – OU DO REPÚDIO A UMA NOVA ESCOLA DA EXEGESE

*ALEXANDRE GUSTAVO MELO FRANCO BAHIA<sup>1</sup> E  
PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI<sup>2</sup>*

## INTRODUÇÃO

Desde já algum tempo experimenta-se no Brasil (e noutros países de “civil law”) um processo constante e obstinado de mudança: o apelo ao uso de precedentes judiciais como uma forma de solucionar um problema que sempre existiu mas que se agravou nos últimos anos: a diversidade de julgamentos em casos análogos a despeito de haver uma mesma norma jurídica; de igual modo, o uso dos precedentes vem se justificando dado o fenômeno das causas seriais e da litigância de interesse público normalmente associada.<sup>3</sup> A preocupação com a uniformidade jurisprudencial não é recente. No Brasil, apenas para ficarmos com o nosso exemplo, desde a Colônia havia os “Assentos” da Casa de Suplicação de Lisboa, que sobreviveram mesmo após a Independência, substituídos gradualmente por similares nacionais. Na República, se num primeiro momento tal questão não foi tratada legislativamente, em meados do séc. XX ela reaparece com os “prejulgados”, com o procedimento de uniformização de jurisprudência, e mesmo com o procedimento informal da prática forense de fazer referência à “jurisprudência uniforme” (ou ao menos “dominante”) até que foram criadas as Súmulas<sup>4</sup>.

- 
1. Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Professor Adjunto da UFOP, FDSM e IBMEC-BH. Professor do Programa de Mestrado em Constitucionalismo e Democracia – FDSM.
  2. Mestre em Direito Constitucional pelo ITE (Bauru). Especialista em Direito da Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo. Advogado e Professor de Direito. Autor do livro *Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos*, entre outras obras e artigos jurídicos.
  3. Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) *Direito Jurisprudencial*. SP: Revista dos Tribunais, 2012.
  4. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009.

Com as Súmulas o STF e demais Tribunais passam a poder editar pequenos textos que, enumerados sequencialmente, sintetizam (são a “suma”) de entendimentos reiterados naquele Tribunal. Se não eram vinculantes, ao menos serviam (e servem) de orientação tanto aos julgadores quanto às partes – estas podem invocar a Súmula a favor de sua pretensão ou “medir” as chances de sucesso de um eventual recurso considerando as Súmulas que a respeito haja editado o Tribunal. Na jurisdição cível não trabalhista<sup>5</sup> há os problemas do aumento exponencial de ações e do desenho de um novo tipo de litigância: ao lado da tradicional litigância individual (“de varejo”) e da relativamente recente litigância coletiva, ganha corpo um tipo de litigância serial, repetitiva, na qual centenas ou milhares de ações nas quais um mesmo direito está sendo debatido por diferentes partes se multiplicam sem que haja uniformidade nas decisões ou sem que haja capacidade do Judiciário em fornecer tratamento adequado. As normas e soluções processuais então ainda pensadas para uma litigância individual e eventual, não conseguem lidar com esse fenômeno, que também não se encaixa nas recentes aquisições normativas do trato de demandas coletivas, uma vez que os processos na litigância serial são pulverizados em demandas individuais e/ou coletivas. Demandas repetitivas ainda têm um problema adicional: normalmente tratam da chamada “litigância de interesse público”, o que significa que se trata de processos que envolvem pedidos de prestação por políticas públicas, com reflexos diretos sobre os orçamentos públicos, bem como sobre direitos prestacionais de outras pessoas que não estão envolvidas no processo mas que podem ser atingidas pela decisão.

As Súmulas Vinculantes fazem parte de uma audaciosa aposta: “*segurar* a interpretação do texto”, gerar uniformidade – tanto atual quanto futura – a qualquer custo. Elas são sustentadas por uma (antiga) ideia quanto à “clareza” do Direito segundo a qual todos os nossos problemas estariam imediatamente resolvidos com a submissão da hipótese fática à hipótese jurídica: a lei e, agora, as Súmulas. Mas alguns problemas se apresentam. De um lado, mostraremos que a pretensão da Súmula Vinculante de fornecer respostas prontas não se sustenta, já que padece dos mesmos problemas pelos quais passaram os exegetas e os positivistas clássicos.

Questionaremos a conformidade da vinculação do disposto na Súmula Vinculante aos casos, presentes e futuros. Isso porque ela parte da ideia de que a função judicial, pelo menos nas instâncias superiores, não resolve casos, mas “temas”, que a aplicação da Súmula apenas pode se dar se forem decotados de um caso todas as “particularidades” que não se encaixam na Súmula, ou, dito de outro modo, se o Judiciário, ao aplicar a Súmula, enxergar o caso apenas como *um tema que se extrai daquele*, deixando de lado tudo o que não se encaixe: ao fazer isso, está-se solucionando realmente um caso? Uma decisão *qualquer*, ainda que *rápida*, não é uma melhor decisão, em regra.<sup>6</sup> Pior ainda se, para se gerar celeridade adotam-se mais “normas gerais e abstratas”. Há

5. Para esta, desde 2001 há o requisitos da transcendência aos Recursos de Revista ao TST (art. 896-A – CLT), que diminui a possibilidade de admissão de recursos.

6. Há um precedente antigo da Suprema Corte dos EUA sobre isso: “It is more important that the court should be right upon later and more elaborate consideration of the cases than consistent with previous declarations” (*Justice Field in Barden vs. Northern Pacific Railroad Co.*, 154 US 288 – 1894).

pesquisas que mostram que um processo de conhecimento bem estruturado – onde a decisão seja o produto direto das teses, provas e debates havidos entre as partes, onde não haja “surpresa” na decisão – a taxa de recursos é bem mais baixa e, logo, o processo é mais célere.<sup>7</sup>

## 1. AS SÚMULAS VINCULANTES E A NOVA ESCOLA DA EXEGESE. IN-COMPREENSÃO DA VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES

Desde Kelsen sabemos que nenhuma lei possui um sentido único, verdadeiro, mas que diferentes horizontes de compreensão (Gadamer) e/ou paradigmas possibilitam inúmeras leituras do mesmo texto normativo. Ainda, sabemos que nenhum texto normativo regula sua própria aplicação, mas que apenas seu confronto com um caso pode mostrar se o mesmo é deve ser aplicado.<sup>8</sup> Mas constatações desse tipo geram um sentimento de “insegurança jurídica”; não à toa há Tribunais Superiores com a missão – tida como única ou ao menos principal – de gerar uniformidade jurisprudencial e de interpretação das leis, tanto no espaço quanto no tempo. Por sua vez, as Súmulas foram criadas, por sugestão do Min. Victor nº Leal<sup>9</sup>, para facilitar o trabalho de juízes e advogados que, ao invés de terem de consultar todas as decisões anteriores sobre o tema, poderiam pesquisar apenas os pequenos textos sumarizados. Esses textos revelavam qual o entendimento oficial que certo Tribunal possuía sobre um tema, o que preveniria recursos inúteis às partes: acabar-se-ia com a divergência futura de interpretações díspares e ainda se diminuiriam os recursos. Entretanto isso não ocorreu; a despeito das inúmeras Súmulas dos vários Tribunais não houve diminuição do número de recursos – pelo contrário – e nem se evitou a divergência de entendimentos. Por isso foram dados “reforços” às Súmulas, que passaram a ser, formalmente, obstativas de recursos/ações, quando a pretensão lhes fosse contrária (§ 1º do art. 518 do CPC e art. 285-A do CPC, acrescentados em 2006)<sup>10</sup>, ou deram ao Relator a possibilidade de juízo monocrático quando haja Súmula (ou jurisprudência dominante) (art. 557 do CPC, com a redação dada pela Lei nº 9.756/1998). Mesmo assim o problema ainda não estava resolvido, vez que o número de processos não diminuía e, o que é “pior”, o fato de haver Súmula não significava o fim da divergência, ao contrário, gerava uma nova: as várias interpretações dadas à mesma Súmula. E por que isso ocorre? Porque, como vamos buscar mostrar ao longo do presente, as Súmulas são textos, e, como tais, sujeitas à mesma sorte que todos os textos (inclusive as normas): variabilidade hermenêutica.

---

7. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Eficiência processual: algumas questões. *Revista de Processo*, nº 169, março de 2009, p. 116-139.

8. Cf. BAHIA, Alexandre. A interpretação jurídica no Estado democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 301-357.

9. LEAL, Victor Nunes. Passado e Futuro da Súmula do STF. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, nº 25, julho de 1982, p. 46-67.

10. A PEC. nº 358/2005 quer instituir a Súmula Impeditiva de Recursos: o STJ e o TST teriam o poder de editar Súmulas que impediriam não só o acesso imediato, mas também a interposição de quaisquer recursos e outros meios de impugnação contrários à Súmula.

Finalmente, em 2004, sem que as Súmulas (não vinculantes) tivessem resolvido o problema da (divergência de) interpretação, foram criadas as Súmulas Vinculantes com o acréscimo do art. 103-A à Constituição pela EC. nº 45.<sup>11</sup> Pelo *caput* do art. 103-A percebe-se que, para que haja aprovação de Súmula Vinculante, faz-se necessária a verificação de que há “reiteradas decisões” sobre o tema. A ideia é de que a edição de uma Súmula, ainda mais de uma Súmula Vinculante, seja o produto de um longo caminho de amadurecimento no STF quanto a certa questão e, uma vez solidificada a jurisprudência, o Tribunal siga o caminho “natural” de editar uma Súmula. De forma que o § 1º daquele artigo, deve ser interpretado a partir do *caput* a que pertence: é dizer, quando o parágrafo diz que a Súmula deve ser feita quando haja “controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”, não é apenas essa situação que pode ensejar uma Súmula Vinculante, mas se deve somar a isso a constatação de já ter havido várias decisões, de maneira tal que se já vislumbre jurisprudência assentada quanto à matéria. Na PSV. nº 58 (ainda pendente de julgamento) a Súmula Vinculante nº 5 é questionada pela OAB justamente porque, entre outras razões, não teria sido observado o requisito de “reiteradas decisões” para que a mesma fosse aprovada – lembremos que pelo art. 6º da Lei 11417/06 a pendência desse procedimento não leva à suspensão de ações em que a Súmula seja aplicável.

Com a Súmula Vinculante todos os órgãos da Administração Pública e todos os demais órgãos do Poder Judiciário têm de aplicá-la, sob pena de Reclamação ao STF (art. 103-A, § 3º da Constituição). O art. 7º da Lei 11417/06 repete o que está prescrito no dispositivo constitucional. No entanto, seu parágrafo 1º trás regra nova: “Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas”. Tal norma é de duvidosa constitucionalidade, pois cria embaraço para que violações a direitos cometidos pela Administração Pública possam ser imediatamente levados ao Judiciário, o que viola o art. 5º, XXXV da Constituição, é dizer, a via administrativa não é de uso obrigatório e o administrado tem a prerrogativa de, mesmo usando-a, abandoná-la e recorrer ao Judiciário a qualquer tempo. Sem embargo, atente-se para o fato de que o Congresso Nacional e o próprio STF não estão vinculados às Súmulas.<sup>12</sup> De um lado, preserva-se o princípio da reserva legal, é dizer, o Congresso Nacional pode, a qualquer momento, ao editar um ato normativo, revogar indiretamente uma Súmula Vinculante (neste caso, por emenda

- 
11. A lei Lei 11.417/06 regulamentou a matéria. Entre as novidades trazidas pela lei está que, por expressa autorização constitucional (§ 2º do art. 103-A), a lei regulamentadora aumentou o rol dos legitimados a propor a aprovação, revisão ou cancelamento de Súmula Vinculante: além dos que já são legitimados a propor as ações de controle concentrado, foram incluídos: o “Defensor Público-Geral da União” e “os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares” (incisos VI e XI do art. 3º). Além disso, também os Municípios possuem idêntica prerrogativa, apenas que, neste caso, a propositura será incidental de ações de que sejam parte no STF (art. 3º, § 1º). Além dos legitimados, há também a possibilidade de intervenção de terceiros (*amicus curiae*) a partir solicitação ao Relator e decisão irrecorrível (art. 3º, § 2º).
  12. Da mesma forma que, também pelas mesmas razões, quanto ao efeito vinculante das decisões em sede de controle concentrado aqueles também não ficam vinculados (art. 102, § 2º, CR/88).

constitucional, pelo fato de o STF chegar a suas conclusões por intermédio de interpretação da Constituição). De outro lado, o STF mantém a prerrogativa de revisitar suas Súmulas Vinculantes, caso haja alteração na lei ou no entendimento sobre a mesma; para tanto, qualquer Ministro ou os entes legitimados para propor as ações diretas (art. 103, CR/88)<sup>13</sup> podem propor sua revisão/cancelamento (art. 103-A, § 2º, CR/88).<sup>14</sup>

### 1.1. O problema da variabilidade hermenêutica – ou sobre como se está tentando ressurgir a Escola da Exegese por intermédio de uma Escola de Súmulas Vinculantes

A crença de que as Súmulas Vinculantes resolverão as questões de divergência geradas pelas normas parece-nos problemática. Por que com as Súmulas Vinculantes haveria alguma diferença? O que haveria nela que impediria nova produção de divergência de interpretação? O que há aí é um renascimento (se é que entre nós houve uma morte) dos postulados da *Escola da Exegese*, da crença oitocentista na *clareza do texto* e mais, no poder racionalizador do mesmo:<sup>15</sup> crê-se que as Súmulas Vinculantes, por serem Súmulas, torna(r)iam “claro” o sentido (*verdadeiro*) do texto normativo e, acredita-se que, por serem *Vinculantes*, impediriam qualquer outra interpretação – ou, pelo menos, impediriam a pretensão em juízo de qualquer outra interpretação. Quanto ao primeiro postulado já mostramos que o fato de haver Súmula não resolve o problema da interpretação. Quanto ao segundo, Marcelo Cattoni<sup>16</sup> mostra (por exemplo) que sobre a Súmula Vinculante nº 4 já há divergência de interpretação entre o TST e o STF.

Como argumenta Maués, aqueles que defendem o uso de precedentes (e, particularmente, de Súmulas) no Brasil entendem que a defesa dos mesmos implica em que o

---

13. O art. 3º da Lei 11.417/06 dispõe sobre a legitimidade para propositura de nova Súmula vinculante (e/ou de revisão de uma já existente). Além dos legitimados do art. 103 da Constituição de 1988, acrescenta outros: o Defensor Público-Geral da União (VI) e os “Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares” (XI). Além disso, o § 1º ainda possibilita que o “Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo”.

14. É o que está ocorrendo, *e.g.*, atualmente, com a Súmula Vinculante nº 5 (“a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”), questionada pelo Conselho Federal da OAB na PSV. nº 58.

15. A Exegese foi uma escola jurídica do século XIX que acreditava na clareza dos textos jurídicos e na segurança jurídica que daí advinha. Acreditava-se no poder absoluto da razão, que, compartilhada igualmente por todos, tornaria óbvias as normas de agir. Já sob a roupagem do positivismo jurídico, foram tentados métodos mais sofisticados para lidar com anomias e com lacunas do ordenamento através de métodos racionais. No entanto, a partir de Kelsen tais métodos, bem como a crença de que haveria uma “mens legislatoris”/“mens legis”, se tornam obsoletos. Nenhum método é capaz de livrar o aplicador do direito da tarefa de também interpretá-lo (BAHIA, Alexandre. A interpretação jurídica no Estado democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas, *cit.*).

16. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. A súmula Vinculante nº 4 e o desvio Hermenêutico do TST. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo; MACHADO, Felipe (coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.39. Ver também: STRECK, Lenio L. *Verdade e Consenso*. 3ª Ed. RJ: Lumen Juris, 2009, p. 351 e 357.

juiz está vinculado aos enunciados, “mesmo que existam boas razões para não aplicá-lo”.<sup>17</sup> O autor cita 3 exemplos<sup>18</sup> que mostram como a criação de Súmulas Vinculantes não resolveu o “problema” da necessidade de interpretação, seja porque surgiram casos sobre os quais se teve de fazer “distinção”, seja porque, além disso, o aqodamento do Tribunal em redigir o texto sem que o tema estivesse suficientemente maduro apenas proporcionou mais questionamentos (e não menos, como se esperaria de uma Súmula): a Súmula Vinculante nº 3, que contem uma ressalva (de que não serão assegurados o contraditório e a ampla defesa na “apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão” pelo TCU) que teve de ser revista quando do julgamento de um caso no qual a revisão, pelo TCU, de uma aposentadoria se deu em prazo superior a 5 anos – o que contraria entendimento histórico sobre o prazo prescricional para a Administração Pública rever seus atos.

Outro caso é referente à Súmula Vinculante nº 5, que, mostra o autor, foi elaborada sem que o Tribunal consultasse sua própria jurisprudência assentada no que tange ao entendimento do STF de que é sim direito do acusado em procedimentos administrativos de natureza penal ter garantido o contraditório e a ampla defesa, o que fez com que se multiplicassem casos nos quais se teve de fazer “distinguishing”. *In verbis*:

não havia congruência entre esse enunciado e os precedentes do STF que foram invocados como seus fundamentos. Nos debates sobre a edição da súmula, os próprios Ministros reconheceram que não havia decisões reiteradas sobre a matéria, contudo, a existência de enunciado em sentido contrário do Superior Tribunal de Justiça (STJ) fez com que o STF decidisse sumular seu entendimento para impedir a multiplicação de recursos sobre a questão. Em consequência, a forma pouco matizada com que a súmula foi redigida trouxe problemas para sua aplicação, o que obrigou o STF a esclarecer seu entendimento no julgamento do RE n 398.269.<sup>19</sup>

Por fim, Maués cita também Súmula Vinculante nº 13, sobre nepotismo no serviço público. Como lembra, nos próprios precedentes que lhe deram origem o STF fazia diferença entre “cargos estritamente administrativos” e “cargos políticos”: para os primeiros pesava o rechaço ao nepotismo, mas não para os segundos (exceto, quanto a este segundo grupo se, **no caso concreto**, se vislumbrasse violação à moralidade administrativa). Em razão disso o STF teve de decidir várias Reclamações “distinguindo” umas e outras situações.<sup>20</sup>

Vale a pena também citar outros exemplos: o caso da famosa (e muito criticada<sup>21</sup>) Súmula Vinculante sobre o uso de algemas (Súmula Vinculante nº 11). Ora, esta Súmula

17. MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os Precedentes: regras, analogias, princípios. *REVISTA DIREITO GV*, nº 8 (2), jul./dez. 2012, p. 588.

18. MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os Precedentes. *cit.*, p. 588 e seguintes.

19. MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os Precedentes. *cit.*, p. 589.

20. MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os Precedentes. *cit.*, p. 589 e seguintes.

21. Tanto pela ausência de *reiterados julgados* que a justifiquem (requisito formal) quanto pelo questionamento sobre se o STF não teria exorbitado, pela suposta necessidade de lei ou emenda constitucional que justificasse

não resolve em nada o problema da uniformidade decisória, pois cada juiz terá que averiguar em cada caso concreto se estão caracterizadas as hipóteses gerais e abstratas previstas neste texto sumular (fundado receio de fuga ou perigo). Ou o caso da Súmula Vinculante nº 27, pois referida súmula não demanda que o Juízo tenha que apurar se a ANATEL é ou não litisconsorte passiva necessária, o que pode gerar controvérsia conforme as peculiaridades dos casos concretos. Outrossim, a Súmula Vinculante nº 12: como lembram Magalhães e Silva,<sup>22</sup> apesar da aparente *clareza* do texto, isso não impediu que surgissem questões não previstas na Súmula, como a cobrança de taxas de matrícula de cursos de línguas ou cursos de Pós-graduação oferecidos pelas Universidades. Nos dois casos citados pelos autores, o recurso utilizado pelo STF para dar solução “diversa” daquela preconizada pela Súmula foi justamente o “distinguishing”. Para isso se valeram dos precedentes que deram origem às Súmulas, para concluir que em nenhum deles aqueles pontos haviam sido abordados. É dizer, a Súmula é válida, contudo, ela só faz sentido, como precedente, se estiver atrelada aos casos que lhe deram origem.

**Tais exemplos podem mostrar como as súmulas, mesmo vinculantes, se tornam textos normativos que passam, assim, a ser passíveis de interpretação.** Assim, não é que sejamos contrários às Súmulas, mesmo que Vinculantes. Elas podem servir como um grande referencial de orientação e mesmo para a busca de uniformidade – o que, em si, também não é um mal.<sup>23</sup> O problema é crer que a mesma pode fazer algo que, desde a crise da Escola da Exegese já sabemos que não é possível. Sendo ela um texto, está sujeita ao torvelinho hermenêutico de todos os textos; não há âncora aí que lhe coloque fora disso, pois estar fora da condição hermenêutica seria estar fora do mundo. O efeito vinculante pode até conseguir, em alguma medida, evitar que haja novas ações ou recursos, entretanto, ao custo da violação dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e mesmo do acesso ao Judiciário.<sup>24</sup>

Por fim, quando dissemos que o efeito vinculante *poderia* conseguir impedir mais ações/recursos há que se fazer menção à fragilidade de tal pretensão, mais uma vez em razão da *ordinariedade hermenêutica*. À parte sempre resta tentar mostrar que seu caso possui particularidades que o diferenciam da hipótese prevista na Súmula (*distinguishing* – inclusive pelo resgate dos casos que lhe deram origem), que houve uma “evolução” no modo de compreender a situação, ou, ainda, demonstrar que o entendimento simulado está incorreto com base em argumentos não considerados pelas decisões que

---

o teor simulado.

22. MAGALHÃES, Breno B; SILVA, Sandoval A. da. O Grau de Vinculação dos Precedentes à luz do STF: o efeito vinculante é absoluto? In: ANJOS FILHO, Robério nº dos (org.) *Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: diálogos contemporâneos*. Salvador: Jus Podium, 2013, p. 72. Os autores também citam outros casos em que o STF vem fazendo “distinguishing”, como os que envolvem a ADIn. nº 1232 e a ADC. nº 4 (*idem*, p. 72-75).
23. Nesse sentido STRECK, Lenio L. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 42.
24. Daí a pergunta: “por que, depois de uma intensa luta pela democracia e pelos direitos fundamentais (...) deve(r)mos continuar a *delegar ao juiz a apreciação discricionária* nos casos de regras (...)?” (STRECK, Lenio L. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* cit., p. 56).

lhe criaram e gerar, assim, nos dois últimos casos, a superação (*overruling*) do entendimento sumulado. Tudo pode ser feito, inclusive, via Reclamação ao STF (§ 3º do art. 103-A, CR/88). Ora, não possuindo a Súmula condição de regular todas as suas hipóteses de aplicação (como, de resto, nem a norma possui, a despeito de mais geral/abstrata), aquela possibilidade é muito relevante.

## 1.2. O paralelo com os precedentes do *stare decisis*

Nada disso é novidade na práxis de países de *common law* como os EUA; se é de lá que vem a inspiração para tornar nosso Direito um híbrido em que se valorizam os precedentes, podemos também retirar dali lições valiosas. A primeira questão é que, mesmo havendo precedente, a atividade judicial ordinária de solução de um caso não se realiza apenas pela repetição dos casos anteriores. Como mostra Edward Re, o precedente é um *principium*, um ponto de partida que contribuirá para a decisão.<sup>25</sup> Nem todos os precedentes têm a mesma “força”. Entre eles há os vinculativos e os meramente persuasivos: o que diferencia uns de outros é a práxis argumentativa nos tribunais. No interior de um precedente ainda se diferencia entre a parte de fundamentação do precedente (princípio) e o simples “dictum” (sem força vinculante). No *common law*, argumenta Dworkin:

Os juízes e os juristas não pensam que a força dos precedentes se esgota, como aconteceria no caso de uma lei, devido aos limites linguísticos de uma determinada formulação. (...) [A] decisão anterior exerce uma força gravitacional sobre decisões posteriores, mesmo quando se situam fora de sua órbita particular. Essa força gravitacional faz parte da prática que deve ser capturada pela teoria geral de Hércules a respeito dos precedentes<sup>26</sup>.

Ele defende que o juiz, ao decidir um caso, não o considere como um caso isolado, mas inserido em um todo (integridade), num processo construtivo a que o juiz dá continuidade.<sup>27</sup> Isso não significa que o juiz tenha de repetir a mesma decisão passada quando está diante de um caso similar — mesmo sendo os EUA um país de histori-

25. RE, Edward D. *Stare Decisis*. *Revista dos Tribunais*, v. 702, abril 1994, p. 7-13. Ver também DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. SP: Martins Fontes, 2007, p. 274. Como mostra Dworkin noutro texto, essa práxis da interpretação começa pela leitura que os Ministros da Suprema Corte fazem de sua Constituição, uma vez que muito do que é a parte da importante desta “are drafted in abstract language; [logo] justices must interpret those clauses by trying to find principles of political morality that explain and justify the text and the past history of its application” (DWORKIN, Ronald. *Bad Arguments: The Roberts Court & Religious Schools*. *The New York Review of Books*, 26/04/2011. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/blogs/nyrblog/2011/apr/26/bad-arguments-roberts-court-religious-schools>>. Acesso em 26/04/11).

26. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. SP: Martins Fontes, 2002, p. 174. Mais à frente mostra que essa força gravitacional dos precedentes “pode ser explicada por um apelo (...) à equidade [*fairness*] que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo. Um precedente é um relato de uma decisão política anterior; o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para se decidir outros casos de maneira similar no futuro” (*idem*, p. 176). Vale ainda ressaltar que a força do precedente apenas pode ser tomada de argumentos de princípio retirados do precedente e não de argumentos de política — aliás, se a decisão judicial apenas contiver estes últimos, não serve como precedente (cf. *idem*, p. 177-179).

27. Esse conhecimento de todos os princípios, de todo o passado visto em uma rede, não é uma tarefa fácil. Aparece aí a figura do Juiz Hércules. Cf. DWORKIN. *O império do direito*. *cit.*, p. 87 *et seq.* O que se tem aí é um

camente de *common law* —, pois que o juiz, ao mesmo tempo em que aplica o direito é, também autor (porque acrescenta algo ao edifício jurídico) e crítico do (pois que interpreta o) passado.<sup>28</sup> O Direito é, pois, tomado não como um dado mas como um constructo<sup>29</sup> e, como o caso é considerado em suas particularidades, pode-se falar em uma única resposta correta. Ao mesmo tempo, porque é a resposta correta para aquele caso, a decisão não será tomada como um *standard* que predetermine automaticamente a solução dos outros casos futuros. Dworkin mostra que em alguns casos as divergências entre os aplicadores do direito estão não no reconhecimento da pertinência dos mesmos precedentes, mas sim em saber exatamente qual a “ratio decidendi” está subjacente aos mesmos. E aí conclui com uma afirmação de extrema importância para nós: “**Na decisão judicial (...) o argumento em favor de uma regra específica pode ser mais importante do que o argumento extraído dessa regra para o caso particular**”.<sup>30</sup> De forma que fica claro, primeiramente, que a descoberta da “ratio decidendi” não é um dado (mesmo no caso de Súmulas, que, como vimos acima, geram divergências de interpretação/aplicação), mas também que, na práxis jurídica que opera com precedentes, o convencimento sobre a aplicação de uma regra e não de outra, tem papel essencial na formação do provimento.

Percebe-se que um sistema fundado no *stare decisis* não está, então, preso a leituras “exegéticas” dos precedentes. **A relação é dinâmica – de construção do direito – e não estática – de quem toma os precedentes como um dado do passado a que se deva repetir sem mais.** Aquilo que foi dito acima – da possibilidade da parte mostrar que seu caso não se adéqua à Súmula ou que houve uma “evolução” na interpretação – são práticas comuns em sistemas de *stare decisis*, conhecidas como “*overruling*” e “*distinguishing*”. A técnica do *overruling* diz respeito à pretensão de *superação* dos precedentes: os demandantes podem postular, junto à Corte que emitiu o precedente (ou esta pode fazê-lo, de ofício)<sup>31</sup>, a abolição/releitura do antigo precedente mostrando a alteração nas hipóteses fáticas/jurídicas que lhes deram origem.<sup>32</sup> Quanto ao *distinguishing*, tem-se uma forma da parte *escapar* do rigor dos precedentes: pode-se mostrar que o caso possui particularidades que o *diferenciam* do precedente.<sup>33</sup> Tanto

---

recurso argumentativo, isto é, Dworkin não espera que todos os juízes sejam como Hércules ou pior, que se eleja um Tribunal com esse fim.

28. DWORKIN. *Uma questão de princípio*. SP: Martins Fontes, 2001, p. 235-253.

29. Um “romance em cadeia”. Cf. DWORKIN. *O império do direito*. *cit.*, p. 274 e seguintes.

30. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. *cit.*, p. 175 (grifos nossos).

31. Por exemplo, Dworkin lembra que tanto o Ministro John Roberts quanto o Ministro Samuel Alito da Suprema Corte prometeram, “in their Senate confirmation hearings, to respect precedent. But they both qualified the promise: they would not need to respect past decisions whose rationale had been ‘undermined’ by later decisions” (DWORKIN, Ronald. *Bad Arguments: The Roberts Court & Religious Schools*. *The New York Review of Books*, 26/04/2011. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/blogs/nyrblog/2011/apr/26/bad-arguments-roberts-court-religious-schools>>. Acesso em 26/04/11).

32. Como exemplos a questão do negro e do aborto nos EUA. Cf. BAHIA, Alexandre. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ – Conflito entre Interesses Público e Privado*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 56.

33. Cf. GARCIA, Dínio. Efeito vinculante dos julgados da Corte Suprema e dos Tribunais Superiores. *Revista dos Tribunais*, vol. 734, dezembro 1996, p. 40-47.

uma como outra técnica podem ser utilizadas no Brasil como forma de se contornar as violações constitucionais que uma aplicação *radical* das Súmulas Vinculantes (e de outros “precedentes”) poderia gerar.<sup>34</sup>

Claro, há teses jurídicas que podem ser sumuladas e que certamente ajudarão, com a vinculação ao texto sumular, a findar polêmicas jurídicas. Por exemplo, a Súmula nº 387 do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da possibilidade de cumulação do dano moral com o dano estético – tema que suscita alta controvérsia na doutrina, já que há respeitáveis autores que defendem que o dano *estético* não seria um terceiro gênero de indenização, mas uma decorrência do dano moral e/ou do dano material. Ou ainda as Súmulas Vinculantes nº 21 e 28, segundo as quais “É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo” e “É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial que se pretenda discutir a exigibilidade do crédito tributário”, findando-se a controvérsia sobre a (in)constitucionalidade de tais medidas, que não poderão mais ser admitidas pelo Judiciário em geral. A preocupação que se deve ter com essas hipóteses de súmulas que pacificam teses jurídicas é a possibilidade de a parte pleitear a sua superação (*overruling*) em casos concretos, para se evitar a petrificação da jurisprudência. Veja-se o caso da Súmula nº 356 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “É legítima a cobrança da tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa” e da Súmula nº 381 da mesma Corte, segundo a qual “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade de cláusulas”. Deve-se permitir que o cidadão traga, em sua ação, argumentos que não foram considerados e/ou que infirmem as teses que embasaram os precedentes que justificaram as referidas súmulas – no primeiro caso, a premissa de que tal pagamento seria necessário à manutenção do sistema e, no segundo, que a abusividade de cláusulas constitui-se como matéria de ordem pública cognoscível de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição pelo notório dirigismo contratual que o Código de Defesa do Consumidor implementou, de modo a suplantar o princípio dispositivo do processo civil em geral, por exemplo.

Outro exemplo. A Súmula nº 372 do Superior Tribunal de Justiça aduz que “Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória”, contudo, considerando que a multa cominatória destina-se a compelir a pessoa que se recusa arbitrariamente a cumprir determinação judicial a ela imposta pelo Estado-juiz, tem-se que referida súmula criou uma generalização apriorística que não permite a consideração do caso concreto para se apurar se necessária, ou não, a multa cominatória no caso concreto por intermédio de uma (descabida) interpretação meramente literal do

---

34. Entretanto, valem aqui as advertências feitas por Rafael Simioni quanto à desvinculação da Súmula, uma vez aprovada, aos contextos materiais que lhe deram origem – de forma diferente do que ocorre com os precedentes; isto é, que não faz sentido a aplicação de uma Súmula desvinculando-a dos casos que lhe deram origem (SIMIONI, Rafael. *Nem as súmulas vinculantes escapam de interpretação*. Revista *Consultor Jurídico*, 02/03/2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mar-02/interpretar-exigencia-nao-interpretacao-sumulas-vinculantes>>. Acesso em 03/03/2011).

artigo 461, § 1º, do CPC/73 que praticamente ressuscita a *Escola da Exegese* ao não aplicar o texto legal pelo fato de a hipótese fática não se enquadrar em uma *subsunção cega avalorativa*... Claro, a análise dos precedentes mostra que tal entendimento se formou em razão de se entender que, procedente a ação cautelar de exibição de documentos e mesmo assim mantida a recusa na entrega dos mesmos, caberia ação de busca e apreensão (STJ, AgRg no AI 828.342/GO, que cita o REsp 204.807 e o REsp 433.711 no mesmo sentido), o que, *data venia*, viola o direito fundamental à razoável duração do processo e o princípio da celeridade processual, já que impõe uma segunda medida judicial para implementar aquilo que poderia perfeitamente ser obtido mediante a aplicação da multa cominatória na primeira ação mediante interpretação extensiva do artigo 461, § 1º, do CPC/73 por identidade de razões, já que a *ratio* da norma positivada se aplica perfeitamente à situação da cautelar de exibição de documentos, que traz, afinal, uma *obrigação de fazer*, a saber, a exibição dos documentos (e, como se sabe, *ubi eadem ratio, idem jus* – aonde há a mesma razão, aplica-se o mesmo direito). Outro argumento em favor da súmula, no sentido de que a aplicação da presunção de veracidade daquilo que se pretendia provar pela recusa na entrega do documento (STJ, REsp 981.706/SP e REsp 433.711/MS) ignora situações nas quais a pessoa deseje obter o referido documento, principalmente quando tenha efetivo *interesse de agir* para tanto (binômio utilidade-necessidade) para situações outras da vida que não a relativa ao litígio concreto – e, de qualquer forma, a pessoa pode simplesmente desejar obter um documento seu em poder de terceiro e deve ter a si reconhecido tal direito. Por outro lado, é curioso notar que este argumento da presunção de veracidade do que se pretende provar na ação cautelar é rechaçada por um dos precedentes apontados como ensejadores de tal súmula, a saber, o REsp 204.807/SP, sob o fundamento de que não se poderia presumir a veracidade em uma ação cautelar ante a ausência de pretensão (principal), ou seja, por não se tratar de ação (principal) que busque o bem da vida que a pessoa efetivamente visa obter após a exibição de tal documento. É assustador verificar a existência de uma súmula embasada em precedentes contraditórios entre si, por isto dificultar sobremaneira ao advogado entender qual seria a *ratio decidendi* que a justifica... Enfim, como a argumentação crítica aqui tecida não foi enfrentada pelos citados precedentes, ela justifica, assim, uma reanálise do tema e justifica, assim, a superação (*overruling*) do referido entendimento caso venha a ser acolhida.

Último exemplo. A Súmula nº 403 do STJ afirma que “*Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais*”. A polêmica jurisprudencial de que se tratava era a atinente ao cabimento de indenização por danos *morais* pelo uso indevido da imagem, ainda que em contexto não ofensivo à pessoa (afinal, o dano *material* se refere ao *cachê* à que a pessoa teria direito pelo uso de sua imagem e quanto a isso desconhecemos polêmica, ainda que se discuta o valor do mesmo). De qualquer forma, há julgados que afirmam que o dano *moral* supõe um abalo à dignidade, à honra, à imagem ou à boa-fama da pessoa, ou seja, que o fato de usar indevidamente (sem autorização) a imagem só gera dano moral caso seja efetivamente ofendida a vítima, ou seja, caso haja um contexto

ofensivo<sup>35</sup>. Argumento claramente central à tese sumulada é o da dificuldade de se provar o abalo moral, provavelmente referindo-se à honra subjetiva da pessoa (STJ, EREsp n.º 230.268/SP), contudo, tal argumentação não infirma a tese de que o dano *moral* supõe, ontologicamente, alguma forma de menoscabo/ofensa à pessoa em sua dignidade, honra, imagem e/ou boa-fama e é refutável pela possibilidade de se aferir, objetivamente, se a forma como foi usada a imagem em questão ofende a *pessoa mediana* (“homem médio”) e pela possibilidade de a pessoa provar, subjetivamente (ou seja, no seu caso concreto), por testemunhas, que ela ficou efetivamente abalada ou ofendida com o uso de sua imagem<sup>36</sup>. Logo, como tais argumentos não foram sequer enfrentados pelo Superior Tribunal de Justiça nos precedentes que geraram sua súmula, deve-se permitir que a parte os invoque em Juízo e gere uma análise que não se limite a uma subsunção cega do texto sumular ao caso concreto, sem considerar as suas peculiaridades.

Assim, o que não podemos admitir é uma vinculação de precedentes que pretenda criar um texto normativo inquestionável que jamais poderia ser interpretado, em uma espécie de *legalismo cego avalorativo* daquilo que se encontra no enunciado da súmula (o texto sumular), ou seja, que se pretenda aplicar um *silogismo* que desconsidere todas as particularidades do caso concreto.

## 2. ANÁLISE DO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PROBLEMAS E CONSAGRAÇÃO DO DISTINGUISHING E DO OVERRULING PELO TEXTO PROJETADO

O art. 499 do CPC Projetado (versão aprovada pela Comissão Especial da Câmara, Relatório do Dep. Federal Paulo Teixeira)<sup>37</sup> traz em seu *caput* e incisos disposições equivalentes às do atual art. 458. No entanto, seus parágrafos mostram uma preocupação do legislador em acolher as críticas que a doutrina jurídica de há muito faz a decisões de fundamentação extremamente deficientes e que não enfrentam argumentos relevantes trazidos pelas partes, entendidos como tais aqueles aptos a influir no deslinde da causa (o que é uma decorrência lógica da mera subsunção do conteúdo jurídico do direito fundamental ao contraditório, na sua acepção substantiva). Dessa forma o parágrafo 1º do artigo 499, do CPC Projetado é de importância paradigmática, ao estabelecer que não se considera fundamentada decisão judicial que não enfrenta argumento deduzido

35. Cf. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Preconceito e Dano Moral. Ser chamado de homossexual não configura injúria, difamação e/ou dano moral*. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (org.). *Responsabilidade Civil II*, 2ª Edição, São Paulo: Editora Fiuza, 2013.

36. Foi este o entendimento exposto no REsp n.º 230.268/SP, reformado pelo citado EREsp n.º 230.268/SP, o qual, data venia, não trouxe argumentos aptos a infirmar a tese do primeiro, segundo a qual “O uso de imagem para fins publicitários, sem autorização, pode caracterizar dano moral se a exposição é feita de forma vexatória, ridícula ou ofensiva ao decoro da pessoa retratada. A publicação das fotografias depois do prazo contratado e a vinculação em encartes publicitários e em revistas estrangeiras sem autorização não enseja danos morais, mas danos materiais”, consoante demonstrado no corpo do texto deste artigo.

37. Todas as remissões ao CPC Projetado referem-se a este Relatório, aprovado em 17/07/2013 e podem ser consultadas em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codeor=1114395&filename=Tramitacao-PL+6025/2005](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codeor=1114395&filename=Tramitacao-PL+6025/2005)>.

no processo apto a infirmar a referida decisão. Tal dispositivo é de fundamental importância para que se acabe com entendimento da jurisprudência que, pacificamente, entende que o juiz “não é obrigado” a enfrentar os argumentos deduzidos pelo advogado, bastando que decida conforme seu “livre convencimento motivado”, assinalando por vezes que não teriam que responder a “questionários” ou a “quesitos” formulados pela parte em embargos de declaração (parafraseamos, de memória, mas é notório que os tribunais utilizam-se de tal “fundamentação” em suas decisões que rejeitam embargos declaratórios). Esse entendimento é inconstitucional e ilegal, por violador do dever constitucional e legal de motivação das decisões judiciais, visto que é utilizado como “fundamento” para que o Estado-juiz não enfrente um argumento jurídico da parte, ou seja, mesmo argumentos que invoquem uma norma jurídica são singelamente desconsiderados por inúmeras decisões judiciais que não os acolhem. Isso fez com que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tenha tido que anular diversos acórdãos por considerar que eles não enfrentaram tema “relevante”, assim entendido aquele apto a influir no deslinde da causa<sup>38</sup>. O problema deste entendimento é que aparentemente se considera que o juiz teria que decidir quais seriam os argumentos “relevantes” que “mereceriam” ser enfrentados em sua decisão contrária à parte que os invoca, o que gera a situação absurda de o advogado (e a parte) ter(em) que esperar sensibilizar os julgadores do Tribunal *ad quem*, a quem terão que direcionar o recurso contra uma tal decisão, acerca da importância de tal argumento.<sup>39</sup> Tal compreensão é uma decorrência tanto de uma compreensão imanente (ontológica) do dever constitucional de fundamentação/motivação das decisões quanto, especialmente, da interpretação sistemática do mesmo com o direito fundamental ao devido processo legal substantivo.

Com efeito, sobre o dever de motivação das decisões judiciais em si, rejeitar uma pretensão sem enfrentar os argumentos jurídicos apresentados pela parte significa pura e simplesmente ressuscitar Kelsen na pior parte de sua teoria, a saber, a da decisão judicial como mero “ato [arbitrário] de vontade”,<sup>40</sup> em uma espécie de “decido conforme minha consciência a despeito do que digam os textos normativos vigentes no país”. Afinal, juízes e Tribunais que invocam aquele entendimento de que “não são obrigados” a enfrentar os argumentos trazidos pelas partes até mesmo quando as partes invocam

---

38. Cf., *v.g.*, STJ, REsp 1.366.955/RS, DJe de 01.08.2013, segundo o qual “Recurso Especial provido, determinando-se o retorno ao Tribunal de origem para novo julgamento dos Embargos de Declaração”, tendo em vista que “Há omissão, com ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil, no julgado que deixa de examinar as questões versadas no recurso que lhe foi submetido, cuja apreciação era relevante para o deslinde da controvérsia”. No mesmo sentido, STJ, REsp 1.318.989/RJ, DJe de 09.05.2013, segundo o qual “Questão relevante não enfrentada pelo tribunal a quo; omissão que contraria o art. 535, II, do Código de Processo Civil, impondo a anulação do acórdão proferido pela instância ordinária. Recurso especial provido”.

39. Na prática, se convencem, o STJ anula o acórdão do Tribunal de 2ª Instância e determina que ele analise o argumento, como visto nos julgados da nota anterior; se discorda, normalmente diz que o tema não seria relevante sem explicar o motivo disso. Logo, muito mais lógico é entender-se que os argumentos jurídicos deduzidos pelas partes devem ser enfrentados e, caso se entenda que eles seriam meramente protelatórios, aplicar a penalidade prevista pela lei (multa).

40. KELSEN, Hans. Sobre a Teoria da Interpretação. *Cadernos da Escola do Legislativo*, nº 5, jan./jun. 1997, p. 31-43.

textos normativos (infraconstitucionais ou constitucionais) e normas jurídicas (implícitas) em geral não analisados(as) pela decisão em questão passam a clara impressão de que não sabem como refutar o argumento, mas ainda assim decidem contrariamente à pretensão da parte por um mero ato de vontade sua, já que se encontram em uma posição de poder que isto lhes possibilita (e claro que não estamos tratando aqui de argumentos, trazidos pela decisão, que, por decorrência lógica, são aptos a infirmar o argumento da parte – por exemplo, o juiz dizer que o valor furtado não é “insignificante” e punir a parte pelo crime de furto/contrabando/descaminho, o que, por si, infirma a invocação do princípio da insignificância).<sup>41</sup> Tudo isso sem falar que, considerando que a jurisprudência (defensiva) do Superior Tribunal de Justiça diz que só estaria prequestionada a matéria se expressamente enfrentada pelo acórdão recorrido (por uma interpretação meramente literal do dispositivo constitucional respectivo), a parte tem o *direito subjetivo* de ter seus argumentos jurídicos enfrentados pela decisão a si contrária, pois o contrário lhe fechará a via recursal especial (STJ) – o STF tem entendimento diverso, no sentido de que basta a oposição de Embargos Declaratórios para o tema ter-se por prequestionado, visto que a parte já fez tudo aquilo que estava a seu alcance para conseguir o prequestionamento (teoria do prequestionamento ficto) – entendimento este mais lógico e razoável do que o do STJ porque não faz sentido impor à parte que espera por uma decisão do Tribunal Superior no sentido de que deveria ter sido enfrentada a argumentação por ela apresentada para, daí, ter que esperar ainda mais para o Tribunal inferior analisar a argumentação (que já não o convenceu) para, com a provável decisão contrária que os enfrente, ter que recorrer novamente aos Tribunais Superiores para a reforma de tal decisão. Uma interpretação constitucionalmente adequada que leve em consideração o direito fundamental à razoável duração do processo demonstra a irrazoabilidade do atual posicionamento do STJ acerca do tema.

Sobre o direito fundamental ao **contraditório substantivo**,<sup>42</sup> considerando que a compreensão contemporânea do mesmo impõe um *dever de diálogo* entre o Estado-juiz e as partes, no sentido de impor que os argumentos por elas invocados sejam *seriamente/efetivamente considerados* pelo órgão julgador, tem-se que, no mínimo, uma interpretação sistemática do dever constitucional (e legal) de fundamentação das decisões

41. Ora, se a parte invoca na petição inicial as normas jurídicas “a”, “b” e “c” e o juiz julga improcedente a ação invocando a norma jurídica “f”, ele tem o dever de explicar porque as normas jurídicas “a”, “b” e “c” seriam inaplicáveis ao caso, sob pena de estar ocasionando uma antinomia real entre normas jurídicas de mesma hierarquia entre si (pois, se de hierarquias diferentes, a de hierarquia superior evidentemente irá prevalecer, com a invalidade da inferior contrária – mas, se no exemplo citado, o juiz invocar a norma jurídica “f” superior, ele precisa explicar porque as normas “a”, “b” e “c” em questão seriam contrárias à norma “f” por ele invocada). Se o Juízo/Tribunal rejeita a pretensão da parte sem enfrentar a argumentação jurídica que o justifica, ele passa a mensagem de que pura e simplesmente não sabe como enfrentar referida argumentação, mas, mesmo assim, decide da forma como decidiu por mero “ato de vontade”, em uma lamentável ressurreição da Escola do Direito Livre que entende que não estaria vinculada a todas as normas jurídicas vigentes no país – ao menos por aquelas invocadas pela parte.

42. THEODORO JUNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito de Sul de Minas*, nº 28, jan./jun. 2009, p. 177-206. Disponível em: <[http://www.fdsdm.edu.br/Revista/Volume28/Vol28\\_10.pdf](http://www.fdsdm.edu.br/Revista/Volume28/Vol28_10.pdf)>. Último acesso em 15.08.2013..

judiciais com o direito fundamental ao contraditório impõe que sejam enfrentados tais argumentos, visto que é somente pelo seu enfrentamento que saberemos se o Juízo/Tribunal efetivamente *considerou seriamente/efetivamente* referidos argumentos e se efetivamente *dialogou* com a parte para tanto.<sup>43</sup>

**Os artigos 520 e seguintes** trazem um Capítulo novo ao CPC: “**Do Precedente Judicial**”. Uma inovação sem paralelos por aqui e que dá curso à tendência de mixagem de jurisdições<sup>44</sup> que acompanhamos há tempos no Brasil. Segundo o artigo 520: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável”. Uma das formas de alcançar isso, segundo o parágrafo único é que os tribunais devem editar súmulas da jurisprudência dominante. Complementar a isso, o art. 521 traça a forma como os precedentes irão guiar a estabilidade da jurisprudência. O artigo reforça o caráter vinculante das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade e de Súmulas Vinculantes, mas inova (para dar coerência à nova estrutura do Código) ao estabelecer a vinculação também de juízes e tribunais aos acórdãos e precedentes nos incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas. E dá a certas Súmulas do STF (em matéria constitucional), do STJ (em matéria infraconstitucional) e dos Tribunais a que se estiver vinculado um inusitado caráter vinculante, o que, se não bastasse, ainda é complementado pela vinculação aos precedentes na falta de Súmula: do Pleno do STF (matéria constitucional); da Corte Especial e das Seções do STJ (em matéria infraconstitucional); não havendo uns ou outros, o mesmo se aplica aos precedentes dos Tribunais (Plenário e Órgão Especial). Por fim, quando se tratar de disputa sobre direito local, juízes e órgãos fracionários de Tribunais deverão seguir os precedentes do respectivo Pleno ou Órgão Especial.

Há que se chamar a atenção para o fato de que o Projeto, apesar de trazer um conceito novo para o Direito Brasileiro, o de *precedente*, não define o mesmo. Já havia dispositivos que trabalhavam com precedentes no Brasil, contudo, é a primeira vez que isso é colocado de forma tão clara na lei. Sabemos, por outro lado, que normas não devem, preferencialmente, trazer conceitos, no entanto, o art. 521 fala, no mesmo inciso, em “acórdãos e precedentes”, levanta algumas questões: no “common law”, de fato, nem todas as decisões se tornam precedentes, mesmo quando proferidas pela Suprema Corte (isso pode ocorrer porque a decisão dividiu o Tribunal ou porque este, de toda sorte, se expressa no sentido de que a decisão não cria precedente). Seguindo o mesmo raciocínio, ter-se-á que qualquer decisão, tenha ela a importância paradigmática para constituir um precedente (ou sendo ela a consolidação de jurisprudência) ou não, ainda assim “vinculará” órgãos judiciários inferiores – o que não faz sentido, desde

43. Chamamos a atenção, ainda sobre o § 1º do art. 499, para os incisos V e VI, no sentido de que a sentença, para ser considerada fundamentada, não pode se limitar a citar precedente/súmula (ou deixar de segui-los) sem proceder à conjugação dos mesmos com os casos que lhes deram origem (como chamou a atenção Maués, supra) com o caso que se tem a julgar, em clara referência ao *distinguishing* e ao *overruling* de que tratamos.

44. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Doutrinas Essenciais Direito Constitucional* – Volume IV. SP: RT, 2011, p. 731-776.

uma doutrina/práxis sobre precedentes em países de *common law*, como procuramos mostrar. Outra questão, mais básica é: se a primeira conclusão está correta, então, **qual a diferença entre acórdão e precedente?** Se todas as decisões, afinal vincularão, então por que diferenciá-las?

O mesmo se diga sobre a atribuição, via norma infraconstitucional, de caráter (prático) vinculante a todas as Súmulas (e precedentes) do STF (em matéria constitucional), do STJ (matéria infraconstitucional) e dos Tribunais locais. Pode-se aumentar a competência de Tribunal a não ser via Emenda à Constituição?<sup>45</sup> Assim, o que diferenciaria as Súmulas Vinculantes das não vinculantes seria apenas o fato de que as primeiras também vinculam a Administração Pública, além do instituto da Reclamação?

Para se alterar as Súmulas e demais precedentes, vale chamar a atenção para os §§ 2º e 9º do art. 521. O primeiro faz referência ao “*overruling*” (superação), o segundo ao “*distinguishing*” (distinção), é dizer, diante de um novo caso a julgar, o Tribunal que criou a Súmula ou o precedente poderá, por via incidental,<sup>46</sup> não aplicá-los, seja porque entende que houve mudança (na norma em que se baseou para criá-los ou na situação “econômica, política ou social” respectiva, ou ainda se entender que há “questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa” – relativamente ao *overruling*), seja porque o caso possui particularidades que não se adequem àquelas (relativamente ao *distinguishing*). No primeiro caso a Súmula/precedentes serão “superados”, no segundo, permanecerão válidos, apenas que não aplicáveis ao caso.<sup>47</sup> Tais precisões são essenciais se o Brasil quer se apoiar em precedentes: as técnicas da distinção e da superação pertencem, há muito, à praxe forense de países de *common law*, nos quais juízes e advogados<sup>48</sup> os utilizam para flexibilizar o enrijecimento que poderia advir do “*stare decisis*”.

Percebe-se que, para que a decisão seja considerada fundamentada, da mesma forma que não basta apenas citação de lei, não basta a mera invocação de precedente ou súmula. O magistrado tem de mostrar de que forma estes se moldam ao caso, o que significa aquele exercício hermenêutico de que tratamos, a saber, seja no caso de precedente, seja no de Súmula, há de haver o confronto entre questões de fato e de direito entre o paradigma e o caso *sub judice*. De outro lado, se, como dito acima, a decisão precisa enfrentar todas as teses que possam afetar seu julgamento, logo, se a parte se fundar em súmula, jurisprudência ou precedente, o juiz tem de responder a essa questão, apenas podendo deixar de segui-los caso faça um “*distinguishing*” (distinção) ou um “*overruling*” (superação). Vale registrar que o § 7º (complementado pelo

45. Já ensinava Afonso Arinos Melo Franco (*Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Vol. I. RJ: Forense, 1958, p. 73): “Lei que amplia jurisdição de tribunal é inconstitucional”. As mesmas considerações valem para a modulação dos efeitos em caso de superação de precedente, súmula ou jurisprudência dominante (art. 521, § 5º).

46. O procedimento também poderá ocorrer por via “abstrata”, nos termos referenciados no art. 521.

47. O § 6º do art. 521 dispõe que o Tribunal deverá, quando superar entendimento, deverá fundamentar de forma “adequada e específica” as razões para tal.

48. Aliás, preocupa-nos que a redação dos parágrafos mencionados em nenhum momento coloque também os advogados como sujeitos provocadores da distinção/superação. Quer-nos parecer que a omissão não queria significar exclusão dos mesmos, uma vez que são peça fundamental no processo.

§ 8º) do art. 521 que prevê que os efeitos vinculantes de jurisprudência dominante, súmulas e precedentes decorrem “dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado”. Entendemos que referido dispositivo é mais um reforço à vinculação do precedente (etc.) aos debates, questões e teses que lhe deram origem.

A referência aos precedentes (e às técnicas de superação/distinção) ainda aparecerão em outros dispositivos do projeto. Os arts. 988 e seguintes tratam do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. No artigo 990, dispõe-se que, uma vez distribuído ao órgão colegiado, este fará juízo de admissibilidade do incidente. Nessa oportunidade, aquele que discorde quanto à pertinência quanto ao seu caso estar vinculado ao Incidente poderá, de acordo com o § 4º, requerer que seja reconhecida a “distinção” deste frente àqueles. O pedido é feito para o juízo original da causa e contra decisão denegatória cabe Agravo de Instrumento.

O art. 1.042 inicia as regras gerais acerca dos recursos extraordinário e especial; seu § 1º dispõe como o recorrente deverá proceder quando fundar seu recurso em dissídio jurisprudencial – uma preocupação particularmente importante no novo Código, como mostramos. Pois bem, caso o órgão julgador não admita o recurso com tal fundamento, deverá, de acordo com o § 2º, mostrar claramente o porquê da “distinção” feita entre o paradigma e o caso, não bastando alegar “fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes”. Apesar de referido a questão específica, o dispositivo trás regra que muito ajudará a orientar os profissionais do direito nessa nova forma de lidar com o direito através de precedentes, a saber, que dois casos podem ter hipóteses fáticas diferentes e, no entanto, ser o caso de aplicação de um precedente (etc.) – com as devidas adaptações ao caso, como temos chamado a atenção – apenas podendo ser rechaçada sua aplicação se se mostra que o caso *sub judice* não se adequa à *ratio decidendi* anterior.

O art. 1053 está inserido no procedimento de julgamento de recursos extraordinários/especial repetitivos. O § 1º dispõe, de forma muito interessante, que o Tribunal “a quo” pode entender não ser o caso de aplicar “a orientação do tribunal superior” e manter o acórdão local divergente (e, então, proceder ao restante juízo de admissibilidade e envio do recurso); para isso, deve, valendo-se do que dispõe o citado § 9º do art. 521, mostrar a razão da “distinção” pretendida (lembrando que o referido parágrafo fala em “distinção” tanto para se referir ao *distinguishing* quanto ao *overruling*, como a parte final do mesmo deixa evidente). Um pouco mais à frente, o CPC Projetado trata do “Agravo de Admissão” – recurso cabível contra a inadmissão de RE/REsp. – art. 1.055. Em seu § 3º, é colocado como condição ao conhecimento do recurso que o agravante mostre, “de forma expressa”, o porquê do seu caso ser “distinto” do precedente (etc.) em sentido contrário utilizados pelo juízo “a quo” para inadmitir o RE/REsp. Mais uma vez, percebe-se a preocupação do projeto com a possibilidade de que precedentes aparentemente (*prima facie*) cabíveis no caso possam não ser adequados ao caso.<sup>49</sup>

---

49. Cf. GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cadernos de Filosofia Alemã*, nº 6, 2000.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabemos que há muito a Jurisprudência e as Súmulas (mesmo não vinculantes) deixaram de ser apenas fonte secundária do Direito e passaram ao primeiro plano no direito processual. Assim, ao lado do nosso tradicional apego ao texto da lei – fundado na sobrevida forçada dada a postulados da exegese e do positivismo clássico (o *formalismo exegético*, do “juiz-boca-da-lei”) – , somamos mais um conjunto de textos (jurisprudência e súmulas) aplicando-lhes a mesma lógica dada às leis. Não superamos a Escola de Exegese, apenas lhe demos um campo maior de estudo: acreditamos, cada vez mais, que o Direito é apenas um “conjunto de decisões do passado” a que se pode tomar de forma “neutra” e, valendo-nos da subsunção, chegar à decisão.<sup>50</sup> Quando se aprova uma Súmula, aprova-se mais texto, o que apenas torna a questão mais complexa e não o contrário. O que resta, ao fim e ao cabo, mantida ao longo de todos esses anos, desde a exegese, é a “discricionariedade do julgador”. E isso porque a discricionariedade (decisionismo) será a marca para o uso da Súmula Vinculante: o julgador para aplicá-la deverá se abstrair das particularidades do caso (das provas e discussões do caso) e, ao tratá-lo como um “tema”<sup>51</sup>, aplicá-la.

Não se julga, então, um caso, mas um tema, uma tese, o que, entendemos, viola aqueles citados princípios constitucionais<sup>52</sup> e está aquém de uma compreensão constitucionalmente adequada do Estado Democrático de Direito e das exigências da atual sociedade. Não é possível pretender-se que uma Súmula resolva – no sentido de evitar – o *problema* da interpretação judicial da lei. As Súmulas podem ser uma boa ferramenta na resolução de litígios mas jamais conseguirão evitar a necessidade de interpretação e, logo, de variabilidade hermenêutica. Que fique bem claro, não somos contra a vinculação aos precedentes: nos opomos a uma subsunção cega avaliativa dos precedentes, ou seja, à aplicação do precedente sem se atentar às peculiaridades do caso concreto para fins de distinção (*distinguishing*) ou à evolução do pensamento jurídico ou deficiência da fundamentação para fins de superação (*overruling*) da decisão em questão. E uma tal subsunção é o que vemos na normalidade das decisões judiciais até então. Claro que há exceções, contudo, falta entre nós uma teoria dos precedentes que possa sustentar tantas alterações já postas e ainda por vir com o Novo CPC.

50. Baggio e Miranda, ao criticarem o formalismo com que o STF tratou a questão da anistia política (ADPF 153), lembram que a “culpa” desta forma de encarar a função jurisdicional não é privilégio daquele Tribunal, haja vista a “predominância da formação jurídica ‘na velha tradição normativista-formalista da dogmática jurídica (...) cuja preocupação central é a subsunção dos fatos à prescrição legal, valorizando apenas os aspectos lógico-formais do direito’ (...) a que são submetidos grande parte dos estudantes das faculdades de direito do país” (BAGGIO, Roberta C.; MIRANDA, Lara C. Poder Judiciário e Estado de Exceção no Brasil: as marcas ideológicas de uma cultura jurídica autoritária. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 8, nº 8, 2003, p. 166).

51. BAHIA, Alexandre. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ – Conflito entre Interesses Público e Privado*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 310; STRECK, Lenio. *O que é isto – decido conforme minha consciência? cit.*, p. 106.

52. Sobre isso cf. BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Processo Constitucional contemporâneo. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (org.). *Processo e Constituição*. RJ: GZ Editora, 2010, p. 1-31.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAGGIO, Roberta C.; MIRANDA, Lara C. Poder Judiciário e Estado de Exceção no Brasil: as marcas ideológicas de uma cultura jurídica autoritária. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 8, nº 8, 2003, p. 149-169.
- BAHIA, Alexandre. A interpretação jurídica no Estado democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 301-357.
- \_\_\_\_\_. BAHIA, Alexandre. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ – Conflito entre Interesses Público e Privado*. Curitiba: Juruá, 2009.
- BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Processo Constitucional contemporâneo. In: HUMBERTO THEODORO JÚNIOR; PETRÔNIO CALMON; DIERLE NUNES. (Org.). *Processo e Constituição*. RJ: GZ Editora, 2010, p. 1-31.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. A súmula Vinculante nº4 e o desvio Hermenêutico do TST. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo; MACHADO, Felipe (coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 39-53.
- DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. SP: Martins Fontes, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Levando os Direitos a Sério*. SP: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_. *O império do Direito*. 2ª ed. SP: Martins Fontes, 2007.
- \_\_\_\_\_. Bad Arguments: The Roberts Court & Religious Schools. *The New York Review of Books*, 26/04/2011. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/blogs/nyrblog/2011/apr/26/bad-arguments-roberts-court-religious-schools>>. Acesso em 26/04/11.
- GARCIA, Dínio. Efeito vinculante dos julgados da Corte Suprema e dos Tribunais Superiores. *Revista dos Tribunais*, vol. 734, dezembro 1996, p. 40-47.
- GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cadernos de Filosofia Alemã*, nº 6, 2000.
- KELSEN, Hans. Sobre a Teoria da Interpretação. *Cadernos da Escola do Legislativo*, nº 5, jan./jun. 1997, p. 31-43.
- LEAL, Victor nº Passado e Futuro da Súmula do STF. *Revista AJURIS*, nº 25, julho de 1982, p. 46-67.
- MAGALHÃES, Breno B; SILVA, Sandoval A. da. O Grau de Vinculação dos Precedentes à luz do STF: o efeito vinculante é absoluto? In: ANJOS FILHO, Robério nº dos (org.) *Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: diálogos contemporâneos*. Salvador: Jus Podium, 2013, p. 58-85.
- MELO FRANCO, Afonso Arinos. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Vol. I. RJ: Forense, 1958.
- NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Eficiência processual: algumas questões. *Revista de Processo*, nº 169, março de 2009, p. 116-139.
- RE, Edward D. Stare Decisis. *Revista dos Tribunais*, v. 702, abril 1994, p. 7-13.
- SIMIONI, Rafael. Nem as súmulas vinculantes escapam de interpretação. *Revista Consultor Jurídico*, 02/03/2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mar-02/interpretar-exigencia-nao-interpretacao-sumulas-vinculantes>>. Acesso em 03/03/2011.
- STRECK, Lenio L. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Verdade e Consenso*. 3ª Ed. RJ: Lumen Juris, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito de Sul de Minas*, nº 28, jan./jun. 2009, p. 177-206. Disponível em: <[http://www.fdsu.edu.br/Revista/Volume28/Vol28\\_10.pdf](http://www.fdsu.edu.br/Revista/Volume28/Vol28_10.pdf)>. Último acesso em 15.08.2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Doutrinas Essenciais Direito Constitucional* – Volume IV. SP: RT, 2011, p. 731-776.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos*, 2ª Edição, São Paulo: Editora Método, 2013.

\_\_\_\_\_. *Preconceito e Dano Moral. Ser chamado de homossexual não configura injúria, difamação e/ou dano moral*. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (org.). *Responsabilidade Civil II*, 2ª Edição, São Paulo: Editora Fiuza, 2013.

# A PROVA PERICIAL NO PROJETO DO CPC: UMA LEITURA A PARTIR DA EXPERIÊNCIA DA ARBITRAGEM E DO DIREITO ANGLO-SAXÃO

ANDRÉ CHATEAUBRIAND MARTINS<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

É inegável a relevância que a prova pericial exerce no processo. O juiz, mesmo que não esteja vinculado à conclusão do laudo pericial, confia ao perito, por falta de *expertise* sobre determinada matéria técnica, a relevante tarefa de apresentar um laudo crítico e conclusivo sobre a controvérsia a ele submetida. A prova pericial justifica, portanto, tratamento adequado aos anseios por um processo dinâmico e eficiente. Nesse contexto, o Relatório do Deputado Paulo Teixeira fez esclarecimentos importantes sobre as mudanças pretendidas no atual sistema de produção de prova pericial, ao conferir maior ênfase na participação e cooperação das partes na produção das provas, incorporando tão desejada flexibilidade do procedimento, defendida com vigor por parte da doutrina desde as recentes mudanças legislativas no atual Código de Processo Civil. Em seu Relatório, o Deputado Paulo Teixeira destacou que *“cria-se a possibilidade de uma perícia consensual, figura jurídica ainda inexistente no direito brasileiro, mas que vem sendo reclamada por parcela da doutrina. Trata-se de inovação em consonância com o princípio da cooperação, que orienta todo projeto.”* Em outra inovação no que diz respeito à prova técnica, o Deputado Paulo Teixeira destacou que *“previu-se expressamente o chamado testemunho técnico, meio de prova amplamente difundido no direito estrangeiro e no processo arbitral. Cuida-se de meio de prova que fica entre o testemunho tradicional e a prova pericial.”*

Para serem efetivamente utilizadas pelas partes, essas inovações, se aprovadas no Congresso Nacional, demandarão mudanças de cultura da advocacia contenciosa e de técnica e estratégia dos causídicos na produção da prova pericial, resultando em maior eficiência do processo com a possibilidade de aprimorar a qualidade da prova, com a redução do número de impugnações e simplificação da fase instrutória.

---

1. Professor de arbitragem da PUC-Rio. Membro da Comissão do Senado Federal Revisora da Lei de Arbitragem. Mestre em Direito pela Universidade de Columbia, NY. Advogado.

O artigo tratará, em primeiro lugar, das origens das formas de produção de prova pericial acolhidas pelo Relatório, analisando-se o direito estrangeiro e a arbitragem internacional, mencionadas pelo Deputado Paulo Teixeira como inspiração para tais mudanças. Em seguida, o artigo tratará das alterações propostas na Seção X do Capítulo XIII do projeto do CPC e fará uma análise do princípio da cooperação no processo civil, que, como destacado pelo Relatório, “*orienta todo o projeto*”, demandando mudanças culturais pelos advogados e magistrados. Em seguida, será feita uma análise das mudanças propostas pelo projeto do CPC e apresentada uma conclusão.

## 2. A PRÁTICA DA COMMON LAW EM MATÉRIA DE PROVA PERICIAL

Assiste-se, atualmente, com maior intensidade, a incrível interação dos sistemas jurídicos de diferentes tradições e ao, mesmo tempo, “*uma pluralidade fortemente fragmentada de modelos processuais*”,<sup>2</sup> sendo equívocas as comparações entre sistemas contemporâneos da *common law* e da *civil law*, embora o agrupamento entre as famílias do direito de tradições anglo-saxã e romano-germânica seja o meio próprio para compreender a origem de determinados institutos. A razão da fragmentação de modelos processuais decorre do fato de que sistemas que integram a mesma família do direito têm se distanciado substancialmente. Um exemplo clássico ocorre entre os sistemas norte-americano e inglês, pois, enquanto no primeiro prevalece fortemente a cultura adversarial, com maior participação das partes na instrução probatória, o segundo tem se aproximado mais do sistema inquisitorial, no qual o juiz assume papel de maior relevância na fase de instrução, talvez pela redução do número de julgamentos pelo júri no sistema inglês. Como ensina José Carlos Barbosa Moreira “*jamais existiu e com certeza jamais existirá ordenamento processual ‘quimicamente puro’: todos combinam, em variável dosagem, elementos de ambos os tipos.*”<sup>3</sup>

A distinção mais marcante entre ambos os sistemas reside na fonte primária do direito aplicado pelos juízes. Em linhas gerais, enquanto na *common law* o sistema é estruturado a partir dos precedentes judiciais (*case law*), o sistema da *civil law* baseia-se na lei. Obviamente que há inúmeras outras diferenças marcantes entre esses sistemas que, como esclarece Mario Louzada Carpena, “*são muito maiores e envergam, pela própria forma como cada um particularmente encara a posição da Justiça, o dever de cumprimento das decisões judiciais e a própria disposição jurídica como forma de regular condutas sociais.*”<sup>4</sup> Não se pode deixar de registrar que toda a lógica adversarial desenvolveu-se

2. Jaldemito Rodrigues de Ataíde Jr. As Tradições Jurídicas de *Civil Law e Common Law*, in *Novas Tendências do Processo Civil*, Editora JusPodivm, 2013, p. 260. Michele Taruffo sustenta ser mais apropriado realizar “microcomparações” ou comparações entre ordenamentos jurídicos do que “macrocomparações”. (Icebergs do *common law* e *civil law*? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação. Revista de Processo, São Paulo, ano 35, nº 1.81, mar. 2010a, p. 167-172)

3. Temas de Direito Processual, 9ª Série, Editora Saraiva, 2004, p. 41.

4. (Márcio Louzada Carpena, Os poderes do juiz no *common law* in Revista de Processo, nº 180, RT, pp. 198). Em estudo sobre o tema, José Carlos Barbosa Moreira esclarece que “*realmente, desde que se outorgou ao júri a função soberana e indelegável de ‘juiz do fato’, era natural que se houvesse por indébita qualquer interferência do*

originalmente calcada na existência do júri em matéria civil, hoje menos presente na Inglaterra e ainda uma realidade nos EUA. Trata-se, portanto, de sistemas que se diferenciam, na essência, por aspectos culturais e, que, conseqüentemente, resultam em modelos bem diversos, que sequer podem ser adequadamente comparados.<sup>5</sup> De qualquer modo, há variações e evoluções desses sistemas que têm influenciado fortemente uns aos outros. Alguns sistemas de tradição romano-germânica passaram a adotar, por exemplo, os precedentes judiciais vinculantes, como forma de reduzir o número de demandas repetitivas, enquanto países de tradição anglo-saxã têm promulgado leis, estabelecendo regras de conduta aos seus cidadãos e criando novas fontes de solução de demandas. Como não se propõe, nesse estudo, realizar comparação teórica entre esses sistemas, será feita uma análise mais centrada na prática da produção das provas na *common law* e, ainda, na arbitragem, como forma de demonstrar suas semelhanças com o modelo acolhido pelo projeto de Código de Processo Civil e suas repercussões na interação das partes no processo, com substancial ganho de qualidade da produção de prova técnica.

O sistema adversarial da *common law*, em sua essência, proporciona métodos de prova incisivos e diretos, muito orientados pelos embates travados entre as partes e seus advogados. Essa realidade se verifica, por exemplo, na forma de inquirição de testemunhas na fase do *discovery (pretrial)* dos EUA;<sup>6</sup> o juiz apenas intervém para resolver impasse entre advogados acerca do cabimento de determinada pergunta, que não pode, *v.g.*, se inserir em regra de confidencialidade entre cliente-advogado, médico-paciente, ou, ainda, quando a testemunha não teve conhecimento direto dos fatos (*hearsay rule*), dentre outras. As perguntas são formuladas diretamente pelo advogado à testemunha,<sup>7</sup> sem qualquer intervenção do juiz. Os depoimentos são normalmente gravados e datilo-

---

*órgão judicial na preparação e apresentação, pelas partes, do material fático destinado a dar suporte às respectivas pretensões.*" (*Temas de Direito Processual*, 9ª Série, Editora Saraiva, 2004, p. 42).

5. Para José Carlos Barbosa Moreira, "todo estudo comparativo deve, antes de mais nada, indicar o objeto da comparação (...) a comparação entre aspectos particulares da disciplina do procedimento será provavelmente mais interessante e mais útil se se trata de sistemas próximos do que na hipótese de sistemas opostos por desigualdades radicais." (Op. cit. p. 39).
6. "The discovery phase of litigation serves several important purposes: it can be used to preserve evidence of witnesses who may not be available at the time of the trial; to reveal facts; to aid in formulating the issues; and to freeze testimony so as to prevent perjury. Discovery may serve to prepare a case for summary judgment when the parties discover that the only issues in contention are those of law. It also may promote settlements insofar as parties are able by careful inquiry to test the strength of their opponent's case." (Mary Kay Kane, *Civil Procedure*, 6ª ed., Thomson West: Minnesota, 2007, p. 129). Tradução livre: A fase do *discovery* no processo judicial se presta para inúmeras finalidades importantes: pode ser usada para preservar o testemunho de pessoas que não estarão disponíveis para depor na audiência de instrução e julgamento; para revelar fatos; para auxiliar na definição dos pontos controvertidos; e para registrar um depoimento de modo a evitar falso testemunho. *Discovery* pode servir para preparar o caso para julgamento antecipado da lide quando as partes descobrem que as únicas questões em controvérsia são de direito. Pode, ainda, promover acordos, na medida em que as partes podem cuidadosamente interrogar a parte adversa para avaliar a força do seu caso.
7. Nesse particular, o projeto do CPC inova ao acolher a experiência adversarial, quando estabelece, em seu art. 466, que "as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, começando pela que a arrolou, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com as questões de fato objeto da atividade probatória ou importarem repetição de outra já respondida."

grafados por estenotipistas e serventuários da corte, podendo durar horas sem interferir na agenda do juiz, que não participa desses atos, em técnica conhecida como *deposition*. No caso de impugnação às perguntas, o juiz será consultado pelo serventuário por telefone caso o advogado queira impedir a resposta da testemunha ou será instado a resolver a impugnação posteriormente, após análise da impugnação pela degravação. Caso acolhida a impugnação, a resposta à pergunta será desconsiderada. Esse sistema tem a desvantagem de ser mais custoso, mas, por outro lado, permite maior acesso aos fatos do caso, dificultando respostas evasivas de testemunhas que não se dispõem a cooperar prontamente.

A produção de prova documental no *discovery* é, igualmente, muito diversa. Nessa etapa (*pretrial*), é realizada uma intensa busca por documentos, acumulando-se grande volume de informações que, posteriormente, serão selecionadas para estruturar o caso para julgamento (*trial*). Nos EUA, o dever de exibição de documentos é amplo, prévio ao requerimento da parte adversa, consistindo em “*cópia de todos os documentos*”, “*listagem dos nomes e contatos de todas as pessoas que possuam documentos de interesse da causa*”, dentre outros,<sup>8</sup> em contraposição à individualização do documento, requisito muito mais restrito dos sistemas da *civil law*. No sistema vigente em determinados estados norte-americanos, caso a exibição não seja feita, o juiz pode chegar ao ponto de autorizar a busca e apreensão de arquivos e até mesmo de servidores de computador. Essa exposição das partes, característica do *discovery*, impõe até mesmo certa mudança de comportamento das empresas, que acabam evitando arquivar determinados documentos por longo período. Esse sistema e sua face perversa é muito criticado mundo afora em decorrência dos custos e da forma invasiva afrontosa a direitos de inviolabilidade em que se baseia. Na Inglaterra, por outro lado, a regra de exibição de documentos é mais restrita do que nos EUA, embora mais ampla do que as regras processuais brasileiras.<sup>9</sup>

- 
8. A lei federal americana (*Federal Rules of Civil Procedure*) estabelece o seguinte no que diz respeito à produção de prova documental: “*Rule 26. Duty to Disclose; General Provisions Governing Discovery (a) Required Disclosures. (1) Initial Disclosure. (A) In General. Except as exempted by Rule 26(a)(1)(B) or as otherwise stipulated or ordered by the court, a party must, without awaiting a discovery request, provide to the other parties: (i) the name and, if known, the address and telephone number of each individual likely to have discoverable information (...) (ii) a copy — or description by category and location — of all documents, electronically stored information, and tangible things that the disclosing party has in its possession, custody or control and may use to support its claims or defenses, unless the use be solely for impeachment (...)*” Tradução livre: Dever de *Discovery*; Parte Geral do *Discovery* (a) Requerimento de *Discovery* (1) *Discovery* Inicial. (A) Parte Geral. Com exceção à Regra 26(a)(1) (B) ou caso estipulado de modo contrário pelas partes ou pela corte, a parte deve, sem aguardar pelo requerimento de *discovery*, fornecer à outra parte: (i) nome e, se conhecido, endereço e telefone de cada indivíduo que poderá deter informação passível de *discovery* (...) (ii) uma cópia — ou descrição por categoria ou localização — de todos os documentos, informações eletronicamente arquivadas, e outras coisas tangíveis que a parte obrigada a revelar/exibir tenha em seu poder, custódia ou controle e possa usar para basear os seus pedidos e defesa, a não ser que o uso seja somente para contraditar a testemunha.
9. Rule 31.6, *UK Civil Procedure Rules*. “*Standard Disclosure. 31.6 Standard disclosure requires a party to disclose only — (a) the documents on which he relies; and (b) the documents which — (i) adversely affect his own case; (ii) adversely affect another party’s case; or (iii) support another party’s case; and (c) the documents which he is required to disclose by a relevant practice direction.*” Há, ainda, outras regras que ampliam esse dever “*padrão*” de revelação/exibição. Tradução livre: Exibição Padrão. 31.6. Na exibição padrão a parte tem o dever de divulgar apenas – (a) os documentos em que se baseia; e (b) os documentos que – (i) afetam negativamente os seus argumentos a;

Quanto à prova pericial, na tradição anglo-saxã o perito originalmente não passava de uma testemunha qualificada (*expert witness*), que a parte convocava para depor a seu favor. Com a evolução do sistema processual inglês, o perito passou a ser um auxiliar imparcial do juiz, guardando deveres para com o tribunal que se sobrepõem à obrigação para com a parte.<sup>10</sup> Essas inovações foram introduzidas pelas *Civil Procedure Rules* de 1998, que passaram a prever a possibilidade de uma questão técnica ser resolvida por um único perito, indicado mediante acordo das partes, mas, na falta deste, pelo próprio tribunal.<sup>11</sup> O juiz tem, ainda, o poder de emitir instruções sobre o escopo da perícia e qualquer diligência que o perito deseje realizar.<sup>12</sup> Portanto, a prova pericial do sistema anglo-saxão sofreu considerável mudança em relação ao seu modelo originário, aproximando-se do sistema romano-germânico, embora ainda conservando a característica marcante de oralidade na inquirição do *expert* em audiência.

Esses esclarecimentos gerais sobre o sistema probatório da *common law*, em especial o sistema de prova pericial, é importante para compreender a origem dos modelos de prova que passaram a ser utilizados na arbitragem internacional, que será analisada na sequência, com clara influência no projeto do Código de Processo Civil brasileiro.

### 3. A PROVA PERICIAL NA ARBITRAGEM INTERNACIONAL

A arbitragem internacional tem a grande virtude de difundir práticas processuais de diversas origens e tradições ao redor do mundo, aproximando-as de sistemas jurídicos até então pouco expostos a essa face internacional dos litígios. O mundo ficou menor com a arbitragem internacional e também a necessidade de se criar consensos intermediários para sua prática. Nem tanto ao céu, nem tanto à terra. Modelos processuais pouco compartilhados em outros ordenamentos jurídicos foram gradualmente excluídos da prática da arbitragem internacional, como, *v.g.*, o *discovery* norte-americano, que, muito embora fosse a preferência de algumas das mais influentes bancas de advocacia americanas, não encontrava consenso em outras partes do mundo, especialmente na França, que se tornou o berço da arbitragem internacional, em larga medida por sediar a Câmara de Comércio Internacional (CCI), instituição arbitral mais antiga e internacionalizada. Outras técnicas de prova do sistema da *common law*, acabaram, por outro lado, se incorporando à prática da arbitragem internacional — como o *cross-examination*, por exemplo —, demandando dos advogados uma preparação direcionada às particularidades da arbitragem, muitas vezes bem diversas do sistema jurídico no qual são habilitados.

Em qualquer sistema jurídico, inclusive no ambiente da arbitragem internacional, em que prevalece a vontade das partes, é necessário criar consenso sob as melhores práticas sempre pautadas pela previsibilidade. As empresas que se submetem a litígio em arbitragem não querem ser surpreendidas com procedimentos que, embora comuns

---

(ii) afetam negativamente os argumentos da parte adversa; ou (iii) reforçam os argumentos da parte adversa; e (c) os documentos cuja divulgação é requerida pela norma processual aplicável.

10. Rule 35.3, *UK Civil Procedure Rules*, 1998.

11. Rule 35.7, *UK Civil Procedure Rules*, 1998.

12. Rule 35.8 (3), (b), *UK Civil Procedure Rules*, 1998.

para uma das partes envolvidas, podem fragilizá-la devido ao seu completo desconhecimento daquelas regras. Por isso, caso, *v.g.*, as partes não cheguem a um consenso sobre o acolhimento do *discovery* na arbitragem, elas poderão recorrer às regras mais usuais em arbitragem internacional. Essas regras de caráter não vinculante, chamadas de *soft law*, visam estabelecer padrões procedimentais no âmbito internacional, e são elaboradas por órgãos não governamentais de renomada reputação e que congregam advogados e professores de diferentes tradições jurídicas.

Em matéria de provas na arbitragem internacional, são muito utilizadas as regras da *International Bar Association – IBA (Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration)*, aprovadas em maio de 2010, a partir dos esforços de grupo de trabalho formado por advogados e professores com vasto conhecimento em arbitragem internacional. Em seu preâmbulo, as regras da IBA atestam sua finalidade de proporcionar um eficiente, econômico e justo processo de instrução probatória em arbitragem internacional, particularmente entre partes de diferentes tradições legais. As regras da IBA refletem, como se verá, uma conjunção de sistemas, com a finalidade de proporcionar um processo mais “*eficiente, econômico e justo*”. Reconhecendo as vantagens e desvantagens de cada sistema, as regras buscam incorporar os métodos judiciais mais adequados à realidade da arbitragem internacional, realizando uma adaptação para a arbitragem, que tem, sempre, como regra a vontade das partes, inclusive sobre questões procedimentais.

Interessante notar que as Regras da IBA sobre exibição de documentos<sup>13</sup> seguem norma semelhante a do Código de Processo Civil brasileiro, tendo sido mantida pelo projeto do CPC, que requer a individualização e descrição do documento objeto da exibição, em contraposição à regra ampla de exibição da lei americana acima citada. Já na parte relativa à oitiva de testemunhas, as Regras da IBA prevêem a possibilidade, muito comum em arbitragem, de ser circulada antes da audiência uma declaração de depoimento (*witness statement*), que conterà os fatos sob os quais o depoimento se baseará. É obrigatória a presença da testemunha em audiência para que ela possa ser inquirida pela outra parte sobre os pontos controvertidos do seu depoimento (*cross-examination*), sob pena de se desconsiderar a declaração. O *witness statement* é figura comum da *common law*, através da qual as partes apresentam todos os fatos que serão debatidos em audiência e apenas enfrentam, perante o juiz, os pontos sob os quais não conseguiram chegar a um acordo, isto é, sob os pontos controvertidos. Ademais, a audiência de oitiva de testemunhas de fato e de testemunhas técnicas na arbitragem segue modelo mais próximo do sistema da *common law*, através do qual os advogados fazem perguntas diretas às testemunhas, em depoimentos normalmente longos, mas também com características da *civil law*, na medida em que os árbitros tem ampla faculdade de inquirir as testemunhas e as partes.

---

13. O art. 3(3) das Regras da IBA estabelece que “*A Request to Produce shall contain: (a) (i) a description of each requested Document sufficient to identify it; or (ii) a description in sufficient detail (including subject matter) of a narrow and specific requested category of Documents that are reasonably believed to exist (...).*” Tradução livre: A Solicitação de Produção de Prova deve conter: (a) (i) uma descrição de cada documento requerido, suficiente para identificá-lo; ou (ii) uma descrição suficientemente detalhada (incluindo uma descrição do assunto) de uma restrita e específica categoria de Documentos cuja exibição foi requerida, quando razoável supor que existem de fato.

No que interessa ao presente estudo, a prova pericial segue um sistema híbrido na arbitragem internacional. A primeira forma prevista nas regras da IBA é a prova produzida por peritos indicados pela parte (*party-appointed expert witness*). Essa forma permite aos advogados maior controle sobre a prova, sendo, ainda, menos custosa e mais célere, uma vez que as divergências de opinião técnica são resolvidas em audiência.<sup>14</sup> Por outro lado, a nomeação do perito pelas partes, embora usual, não é regra absoluta, havendo situações que demandam a intervenção dos árbitros para nomeação de perito neutro e de sua confiança. O método de indicação dos peritos pelas partes tem, como dito, a grande vantagem de trazer maior celeridade e menor custo, mas, por outro lado, na solução de determinadas matérias, pode resultar na produção de opiniões técnicas muito distantes,<sup>15</sup> que dificultam a formação da convicção do tribunal arbitral sobre questões que fogem à sua área de conhecimento. Portanto, o perito nomeado pelo tribunal arbitral é utilizado de forma excepcional, mas pode ser nomeado com certa frequência em determinados litígios, especialmente se a composição do tribunal arbitral não contiver especialista na matéria objeto da perícia, como, por exemplo, nas arbitragens de construção que demandam conhecimento sobre questões específicas de engenharia.

Nesse sentido, os regulamentos também prevêem a nomeação do perito pelos próprios árbitros.<sup>16</sup> Veja-se que a Lei Modelo da Uncitral, estabelece, em seu art. 26, que o tribunal arbitral poderá nomear um ou mais peritos para tratar de questões que serão fixadas pelos árbitros, caso as partes não deliberem de forma diversa.

Diante do choque de posições e opiniões presentes na arbitragem internacional sobre a nomeação do perito, o tribunal arbitral enfrenta a difícil tarefa, na ausência de consenso entre as partes, de optar por um dos dois caminhos tradicionais – que têm vantagens e desvantagens – ou seguir um método híbrido de nomeação de um perito pelas partes, atual tendência na arbitragem internacional, na medida em que

- 
14. Nesse sentido, estabelece o art. 5, (5), da IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration que “*if a Party-Appointed Expert whose appearance has been requested pursuant to Article 8.1 fails without a valid reason to appear for testimony at an Evidentiary Hearing, the Arbitral Tribunal shall disregard any Expert Report by that Party-Appointed Expert related to that Evidentiary Hearing unless, in exceptional circumstances, the Arbitral Tribunal decides otherwise.*” Tradução livre: se o perito indicado pela parte, cujo comparecimento tenha sido solicitado de acordo com o artigo 8.1, não comparecer à audiência de instrução sem uma justificativa válida, o Tribunal Arbitral deverá desconsiderar qualquer parecer técnico apresentado pelo perito indicado pela parte, salvo em hipóteses excepcionais, quando o Tribunal Arbitral poderá considerá-lo.
  15. Para Jeffrey Waincymer, “*use of party-appointed experts may also produce obtuse reports that contain extreme and divergent conclusions and which fail to prioritize matters of most concern to the tribunal (...) there is also uncertainty as to whether party-appointed experts may withhold adverse information or may refrain from identifying problems with any assumptions that their brief was required to utilize, although this should no be the preferred view.*” (Procedure and Evidence in International Arbitration, Ed. Wolters Kluwer Law & Business, 2012.p. 933). Tradução livre: A utilização do perito indicado pela parte também pode resultar em pareceres confusos, que contêm conclusões extremas e divergentes, que não priorizam matérias de maior relevância para o tribunal (...) também há incerteza acerca da possibilidade do perito indicado pela parte omitir informações ou se abster de identificar problemas que ele deveria abordar, embora não esteja de acordo com a visão da parte.
  16. O artigo 6º das Regras da IBA diz que o tribunal arbitral, “*após consultar as partes*”, pode nomear perito. Nada impede, ainda, que as partes nomeiem, conjuntamente, um perito independente e imparcial.

assegura maior independência e imparcialidade do perito. Portanto, uma importante lição que se depreende da arbitragem reside no método de indicação do perito, sendo a indicação conjunta a forma mais adequada.

#### 4. AS PROPOSTAS DE MUDANÇA NO REGIME DA PROVA PERICIAL SEGUNDO O RELATÓRIO DO DEPUTADO PAULO TEIXEIRA

O projeto manteve a regra geral de que “o juiz nomeará perito especializado no objeto da perícia e fixará de imediato o prazo para a entrega do laudo”,<sup>17</sup> mas impôs maior transparência e previsibilidade na tarefa de nomeação ao estabelecer que “será organizada lista de peritos na vara ou na secretaria, com disponibilização dos documentos exigidos para habilitação à consulta dos interessados, para que a nomeação seja distribuída de modo equitativo, observadas a capacidade técnica e a área de conhecimento.”<sup>18</sup> A maior novidade reside na previsão de que “as partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que: I – sejam plenamente capazes; II – a causa possa ser resolvida por autocomposição.”<sup>19</sup> O projeto foi além ao prever a figura do *expert witness* no direito brasileiro, para matérias de menor complexidade, que denominou de “prova técnica simplificada.”<sup>20</sup> Além de todas esses meios de prova pericial, o projeto ainda manteve, no art. 479, a regra do atual art. 427 do CPC de que “o juiz poderá dispensar a prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem sobre as questões de fato pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes.”

No que diz respeito aos assistentes técnicos, o projeto criou regra específica aos peritos de que eles devem comprovar nos autos que deram ciência aos assistentes técnicos, por escrito, com antecedência mínima de cinco dias, sobre as diligências e exames que realizar, permitindo o acesso e acompanhamento dos assistentes.<sup>21</sup>

Diante de todas essas mudanças, o Deputado Paulo Teixeira destacou, em seu Relatório, que essas mudanças, que “vem sendo reclamada por parcela da doutrina”, tem como fundamento o “princípio da cooperação, que orienta todo projeto”, além de ter atribuído à introdução da “prova técnica simplificada” influência do “direito estrangeiro” e da “arbitragem”. Tendo a origem desses institutos sido identificada acima nos capítulos sobre o direito estrangeiro e a arbitragem, cabe, agora, tecer alguns comentários sobre o relevante princípio da cooperação, que “orienta todo projeto.”

17. Art. 472.

18. Art. 136, § 2º.

19. Art. 478. O parágrafo 3º do mesmo dispositivo é expresso em afirmar que “a perícia consensual substitui, para todos os efeitos, a que seria realizada por perito nomeado pelo juiz”, não deixando dúvidas sobre a força do acordo das partes sobre o perito que produzirá a prova técnica.

20. “Art. 471. § 2º De ofício ou a requerimento das partes, o juiz poderá, em substituição à prova pericial, determinar a produção de prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade. § 3º A prova técnica simplificada consistirá apenas na inquirição pelo juiz de especialista sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico.”

21. Art. 473, Parágrafo único.

## 5. O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E A MUDANÇA DE ENFOQUE NA CONDUÇÃO DO PROCEDIMENTO

O princípio da cooperação tem a finalidade de estabelecer na dinâmica processual um compartilhamento de poder entre juiz e partes. Tal princípio não tem incidência na relação entre as partes, que possuem interesses antagônicos,<sup>22</sup> mas entre elas e o juiz.<sup>23</sup> Todos devem, portanto, passar a conduzir o processo através do diálogo, dentro de certas balizas, que serão vistas mais adiante. Primeiramente, é importante registrar que, como esclarecem Reinhard Greger<sup>24</sup> e Lenio Luiz Streck, o princípio da cooperação não seria propriamente um princípio por lhe faltar força normativa. Por outro lado, a doutrina majoritária no Brasil tem rejeitado essa tese,<sup>25</sup> ao defender a natureza de princípio do dever de cooperação, que orienta toda a dinâmica processual.<sup>26</sup> Como esclarece Ravi Peixoto, em nenhum dos modelos adversarial e inquisitorial prevalece o diálogo na condução do processo, o que, aliado à constitucionalização do processo, teria aumentado a “*incidência dos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório*”<sup>27</sup> e criado o princípio da cooperação como forma de alterar o compartilhamento das forças do processo, mas especificamente o relacionamento das partes com o juiz, evitando-se expedientes protelatórios e decisões que não atendam às necessidades das partes, gerando confusão processual.

- 
22. Reinhard Greger, ao tratar do direito processual alemão, esclarece que “*para as partes, o princípio de cooperação não significa que elas devam oferecer o seu processo (ihren Prozess austragen) em íntimo companheirismo (Zweisamkeit) essa seria uma utopia alienígena, como critica corretamente Leipold.*” (Cooperação como princípio processual, in Revista de Processo, nº 206, Editora RT, p.126).
  23. Para Daniel Mitidiero “*a colaboração no processo civil não implica colaboração entre as partes. As partes não querem colaborar. A colaboração no processo civil que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes.*” (Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck, in Revista de Processo, nº 194, Editora RT, p. 62).
  24. Para Reinhard Greger, analisando o princípio da cooperação sob a ótica do direito alemão, “*a sua colocação na categoria de princípios processuais é majoritariamente rejeitada.*” (Op. cit. p. 124). Para Lenio Streck “*sendo assim, há que se ter claro, de uma vez por todas, que não é qualquer coisa que pode ser transformada em princípio, sob pena de se admitir, por exemplo, que a doutrina seja uma espécie de corretor do legislador constitucional. Princípio é algo que se aplica em princípio. Portanto, ele deve ter normatividade. Um dever-ser.*” (Um Debate Com (e Sobre) O Formalismo-Valorativo de Daniel Mitidiero, ou “Colaboração no processo civil” é um princípio? in Revista de Processo 2012, ano 37, vol. 213, Novembro /2012, p. 29).
  25. Veja-se, por todos, Daniel Mitidiero em *Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*, 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.
  26. Para Lenio Streck, o tratamento do dever de cooperação como um princípio traz a consequência indesejada de ampliar os poderes do juiz, dando-lhe mais discricionariedade ao se utilizar de um princípio vago, sem balizas definidas e força normativa suficientemente clara para se expressar por normas concretas da lei processual (Op. cit. pp. 14/15). Discordando dessa tese, Trícia Navarro Xavier Cabral afirma que “*(...) esse receio quanto à possibilidade de maior flexibilização dos atos do juiz não se sustenta. Primeiro porque não há que se falar em discricionariedade dos atos do juiz, eis que sempre estarão vinculados aos preceitos normativos. Segundo porque a variação procedimental é sempre em favor do jurisdicionado e não do magistrado. Terceiro porque qualquer adaptação dos preceitos legais requer o necessário diálogo e cooperação das partes. Quarto porque quanto mais poderes são atribuídos ao juiz, mais sujeito a responsabilização pelos seus atos ele estará, seja por sua conduta abusiva, seja por sua conduta omissiva, e sempre será possível o controle judicial e às vezes até mesmo administrativo das posturas abusivas do juiz. E quinto, porque a rigidez processual não é garantia de passividade do juiz, podendo, por vezes, representar um efetivo descompromisso com as finalidades do processo e com os objetos das partes.*” (Poderes do juiz no novo CPC in Revista de Processo, nº 208, Editora RT, pp. 288/289).
  27. Rumo à Construção de um Processo Cooperativo, in Revista de Processo 2013, Ano 38, vol. 219, maio /2013, p. 93.

A doutrina sustenta que o princípio da cooperação se desdobra nos seguintes poderes-deveres para o órgão jurisdicional: (a) dever de esclarecimento; (b) dever de consulta; (c) dever de prevenção e (d) dever de auxílio. Pelo dever de esclarecimento, o magistrado deve esclarecer as dúvidas das partes em relação às alegações, pedidos ou posições por ele tomadas, evitando, assim, decisões apressadas. No dever de consulta o magistrado deve se abster de decidir com base em questão de fato ou de direito, mesmo que ela possa ser conhecida de ofício, sem que tenha havido oitiva das partes sobre ela. Já o dever de prevenção consiste no dever do magistrado de avisar as partes sobre eventual frustração dos pedidos por elas feitos, devido ao uso inadequado do processo. Por fim, o dever de auxílio seria o dever do magistrado de auxiliar as partes nas eventuais dificuldades encontradas no curso do processo para o exercício de seus direitos.

Como se vê, o princípio da cooperação visa proporcionar maior participação das partes na condução do processo e nas decisões judiciais de modo a equilibrar a relação com os magistrados. Não há uma previsão clara na lei de aplicação do princípio, cabendo ao intérprete analisar a atuação das partes para definir quando ele teria sido violado.<sup>28</sup> O princípio da cooperação, que “*orienta todo o projeto*”, de fato, está em harmonia com a tendência processual moderna de se encarar o processo como um instrumento de pacificação social que se materializa através da atuação conjunta dos sujeitos processuais, neles incluídos os magistrados, partes e seus patronos. Por outro lado, o princípio da cooperação deve ser visto com reservas, uma vez que sua concretização depende da mudança cultural dos partícipes da relação processual, o que não se alcança apenas com o suporte da doutrina, defendendo a aplicação de novos paradigmas, mas com a utilização dos métodos consensuais disponibilizados pela lei projetada e com regras claras capazes de impor uma nova realidade que conduza à mudança de hábitos na prática forense. Essa mudança depende, inclusive, de serem superadas a “*excessiva carga de trabalho do Poder Judiciário, a formação jurídica de nossos operadores do direito, dentre outros.*”<sup>29</sup>

O princípio da cooperação anda em afinada sintonia com o princípio da boa-fé processual,<sup>30</sup> eis que não se alcança um processo de diálogo sem que haja boa-fé das partes envolvidas.<sup>31</sup> No que diz respeito à prova pericial, em especial o art. 478, § 3º, do projeto, o princípio da cooperação deve ser aplicado e interpretado em conjunção

28. Segundo Ravi Peixoto “*é desnecessária a concretização legislativa para sua aplicação, embora nada impeça que o legislador o faça, cabendo ao magistrado garantir a atuação dos sujeitos da relação jurídica processual de acordo com o dever de diálogo na relação processual. É importante, no entanto, ter consciência de que não basta apenas a introdução teórica de um novo modelo na prática processual, seja por alterações legislativa, seja doutrinariamente. Para que seja possível um modelo cooperativo eficiente, diversos entraves devem ser solucionados, tais como a excessiva carga de trabalho do Poder Judiciário, a formação jurídica de nossos operadores do direito, dentre outros.*” (Op. cit., p. 102).

29. Ibidem, p.102.

30. Estabelece o art. 80, II, do projeto do Código de Processo Civil que “*são deveres das partes, de seus procuradores, e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: ... (II) – proceder com lealdade e boa-fé.*”

31. Nesse particular, veja-se, ainda, o texto do art. 8º do Projeto do CPC: “*As partes e seus procuradores têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios.*”

com o princípio da boa-fé processual, eis que, como se verá adiante, as partes deverão se empenhar para alcançar consenso sobre o nome do perito. Criou-se, portanto, norma que identifica interesse convergente das partes e, seguindo tradição do sistema adversarial, permite com que elas nomeiem conjuntamente o perito, dando concretude a essa nova forma de condução processual. Portanto, deve-se interpretar a referência ao princípio da cooperação no Relatório do Deputado Paulo Teixeira como um dever anexo da boa-fé objetiva, na medida em que o princípio da cooperação acima descrito aplica-se apenas à relação entre partes e juízes, e não à hipótese em que as partes devem cooperar entre si, agindo de boa-fé, para nomearem conjuntamente o perito.

## 6. CONSIDERAÇÕES SOBRE AS MUDANÇAS PROPOSTAS PELO PROJETO DO NOVO CPC

Como demonstrado no capítulo 4 acima, foram introduzidas no projeto do CPC quatro relevantes alterações na produção da prova pericial,<sup>32</sup> que passarão a ser comentadas considerando-se as experiências de outros sistemas jurídicos e da arbitragem, que possuem sistema semelhante. A primeira das alterações a ser comentada reside na possibilidade das partes indicarem, conjuntamente, o perito. Essa alteração, embora positiva, não é inovadora em nosso ordenamento jurídico, pois retoma, em parte, a regra do art. 129 do Código de Processo Civil de 1939,<sup>33</sup> que relegava ao juiz a faculdade de nomear o perito apenas se não houvesse consenso entre as partes.<sup>34</sup> Retoma-se em parte o sistema vetusto, pois a regra do CPC de 39 fazia clara preferência pela nomeação conjunta das partes. Caso elas não chegassem a um consenso, o que ocorria na grande maioria dos casos, cada parte nomearia o seu assistente técnico e o juiz, se não se contentasse com os laudos dos assistentes, o que também acabava por ocorrer na grande maioria dos casos, nomeava um terceiro perito para “desempate”. Foram muitas as críticas doutrinárias que levaram a Comissão elaboradora do anteprojeto do CPC de 1973 a adotar o sistema atual.<sup>35</sup>

---

32. Arts. 136, § 2º, 471, § § 2º e 3º, 473, § único, e 478 do projeto do CPC.

33. Como esclarece Jorge Americano, “o primitivo texto estabelecia o sistema da nomeação do perito único, pelo juiz, dispondo o primitivo art. 132 a faculdade dada às partes, de indicarem assistentes técnicos. Pelo Decreto n.º 4.565, de 1942, mudou-se o regime, facilitando-se às partes a escolha por acordo, em cuja falta o perito será nomeado pelo juiz. Permanecia a faculdade da nomeação dos assistentes técnicos. O texto atual foi dado pelo Decreto-lei n.º 8.570, de 1946, o qual suprimiu também o assistente técnico, do art. 132”. (Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil, 1º vol., Saraiva, São Paulo, 1958, p.181).

34. “Art. 129. Os exames periciais poderão ser feitos por um só louvado, concordando as partes; se não concordarem indicarão de lado a lado o seu perito e o juiz nomeará o terceiro para desempate por um dos laudos dos dois antecedentes, caso não se contente com um destes.”

35. Veja-se, a propósito, a opinião de renomados processualistas da época: “Um dos grandes responsáveis pela demora na distribuição da justiça é o sistema, entre nós vigorante desde 1946, do funcionamento de três peritos, nas causas que dependem do conhecimento especial de técnicos. Tal sistema não só emperra o andamento dos processos, como nenhuma vantagem traz ao esclarecimento do feito, pois os peritos indicados pelas partes, de exclusiva confiança destas, sistematicamente se arvoram em advogados dos interesses de quem os nomeou. E o resultado é que, ao proferir a sentença, o juiz invariavelmente se atém, apenas, às conclusões do laudo de seu perito, já que não pode confiar no que dizem os louvados dos litigantes.” (Luís Antônio Andrade, *Aspectos e Inovações do Código de Processo Civil*, F. Alves, Rio de Janeiro, 1974, p. 178). “No preceito originário do Código havia um só perito, de livre escolha do

No código projetado, mantem-se a regra geral de nomeação do perito pelo juiz no art. 472, havendo a previsão de que as partes podem acordar em sentido contrário, nomeando, elas próprias, o perito. O efeito prático é diverso do sistema de 39: caso as partes cheguem a um consenso, elas terão o benefício de obter uma prova elaborada por profissional especializado na matéria, de reputação ilibada e de sua confiança, aumentando a possibilidade de que a prova tenha maior qualidade (considerando que as partes sabem melhor do que o juiz qual o profissional mais adequado para sua disputa) e, principalmente, reduzindo a possibilidade de impugnação do perito por questões de imparcialidade. Caso elas não cheguem a um consenso, manter-se-á o sistema atual, com a indicação do perito pelo juiz. O problema do sistema do CPC de 39 é que o consenso era a regra e, na sua impossibilidade, confiava-se apenas nos pareceres dos assistentes técnicos, dependendo de mais uma etapa para a nomeação de um terceiro perito, quando o juiz assim entendesse. O código projetado coloca o sistema nos trilhos ao discipliná-lo como uma via alternativa à nomeação pelo juiz.

Pela experiência da arbitragem acima demonstrada, a forma mais isenta e eficiente de nomeação do perito é a consensual. A nomeação pelo juiz, embora comum em nosso ordenamento, não costuma atender às expectativas das partes. Mas, para que seja viável a nomeação conjunta, requer-se empenho e boa-fé das partes e de seus patronos. Um primeiro obstáculo que se enxerga diz respeito ao ônus da prova. Se apenas uma das partes tiver requerido a produção da prova pericial, ela deverá custear os honorários do profissional,<sup>36</sup> o que poderá torná-la menos flexível a sugestões da parte adversa. Na hipótese de rateio dos honorários do perito, haverá maior facilidade em se chegar a um consenso. Embora o sistema de indicação conjunta do perito, e suas vantagens, seja conhecido por advogados brasileiros envolvidos em arbitragem, será necessário incorporar tal hábito na prática forense. As partes, por intermédio de seus patronos, deverão deixar as diferenças de lado para convergirem sobre interesse procedimental comum, que é a nomeação conjunta. Uma prática muito utilizada na arbitragem, que pode ser adotada para indicação conjunta do perito, é a elaboração de listas individuais pelas partes, contendo, por exemplo, três nomes. Se, na troca de listas, houver algum nome em comum, essa pessoa será indicada, conjuntamente, pelas partes. Caso os nomes não convirjam, a partir da lista é possível ter um parâmetro para discutir nomes de consenso. O juiz, nesse cenário, poderá assumir o papel de gerenciador do processo

---

*juiz. Atualmente cada uma das partes pode indicar o seu perito e ainda cabendo ao juiz nomear um terceiro como desempatedor. O sistema anterior se no afigura bem melhor, mais prático e mais econômico. A prova pericial, hoje em dia, é um dos obstáculos mais acentuados à rápida marcha do processo. A entrega dos laudos pelos peritos das partes sempre é demorada. E depois disso ainda tem que ser nomeado um terceiro perito, na quase totalidade dos casos”* (José Frederico Marques, *Comentários ao Código de Processo Civil* de Pedro Batista Martins, Ed. Forense, São Paulo, vol. II, nº 64, pp. 97/98). *“Solução apta a pôr cobro a todos esses males continua sendo restabelecer-se o critério do perito único, assessorado por assistentes técnicos de livre indicação das partes, como estava no Código e se fez com êxito nos processos de desapropriação por necessidade ou utilidade pública”*. (E.D. Moniz de Aragão, *Estudos sobre a Reforma Processual*, ed. do “Instituto de Ciências Sociais e Direito Comparado”, Curitiba, 1969, p. 138).

36. *“Art. 85. Salvo disposições concernentes à gratuidade de justiça, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo, antecipando-lhes o pagamento, desde o início até sentença final ou, na execução, até a plena satisfação do direito reconhecido no título.”*

na própria audiência de saneamento ou em audiência especificamente designada para esse fim,<sup>37</sup> estimulando e auxiliando as partes a alcançarem um consenso sobre o nome a ser indicado. Obviamente, o acordo nem sempre será possível, mas a tentativa deve sempre ser considerada.

Nesse mesmo espírito de assegurar maior previsibilidade às partes, o código projetado introduziu regra para que seja disponibilizada lista de peritos na vara ou na secretaria, para que a nomeação seja distribuída de modo equitativo.<sup>38</sup> Embora a previsão seja importante, por se inspirar na transparência, ela dependerá da eficiência dos cartórios e do sistema de distribuição equitativa das causas de acordo com a especialidade do perito, sob pena de gerar impugnações. As varas e secretarias deverão cadastrar número suficiente de peritos para atender às necessidades de cada tipo de perícia ou, na ausência de nomes disponíveis ou adequados, convocar as partes a indicarem conjuntamente. A previsão é positiva na medida em que, além da transparência, trará maior previsibilidade às nomeações, podendo, inclusive, estimular as partes a chegarem a um acordo sobre a indicação conjunta de um perito, caso os nomes disponíveis na secretaria não lhes agrade. Nesses casos, pode-se, inclusive, estimular a parte que arcará integralmente com a perícia a buscar um consenso na indicação de um nome, que, em sua avaliação, seja melhor do que os nomes disponíveis na secretaria da vara. No sistema atual, mesmo que as partes não queiram a nomeação de determinado perito, seja por que tiveram experiência prévia negativa ou por que o seu currículo não indica competência na matéria objeto da perícia, elas devem se conformar com a nomeação do Juízo. Pelo sistema projetado essa lógica mudará, pois estará nas mãos das partes evitar a nomeação do Juízo. A transparência e a previsibilidade poderão, portanto, estimular a indicação conjunta das partes.

Já a previsão da prova técnica simplificada é, igualmente, positiva, mas deve ser vista com cautela. Em primeiro lugar, segundo o texto do art. 471, § 2º, do projeto, essa prova é cabível apenas nas causas de menor complexidade. Nesse modelo de perícia, não há necessidade de elaboração de laudos e pareceres periciais, impugnações e pedidos de esclarecimentos que tanto retardam a conclusão do processo. Requerida ou deferida de ofício esse modelo de prova pericial, as partes e o juiz poderão inquirir o perito em audiência. Trata-se de norma que pode complementar a hipótese do art. 427 do projeto, que é praticamente ignorada no CPC atual. Se as partes apresentarem pareceres na inicial e na contestação, as divergências podem ser solucionadas em audiência, pela inquirição do perito. Um dos entraves à hipótese do art. 427 é que no exíguo prazo para contestar a ação o réu dificilmente consegue impugnar adequadamente parecer técnico que acompanha a inicial. De qualquer modo, muitas perícias

---

37. “A tarefa do juiz é, agora ‘active case management’ isso significa, por exemplo, nos processos mais importantes ter uma case management conference, na qual são discutidos com as partes o curso do processo, as questões a serem esclarecidas sobre os fatos, sobre o direito, sobre as despesas e as possibilidades de um ajuste alternativo do conflito. Que o juiz deve trabalhar para a cooperação das partes está em primeiro lugar de suas obrigações.” (Reinhard Greger, *Cooperação como princípio processual*, in Revista de Processo, nº 206, abril/2012, Editora RT, p. 133).

38. Art. 136, § 2º.

podem, perfeitamente, ser resolvidas pela inquirição de um técnico em audiência. No entanto, a norma é omissa sobre a forma de nomeação do perito, afirmando, somente, que “o juiz poderá, em substituição à prova pericial, determinar a produção de prova técnica simplificada.” Em se tratando de *expert witness*, como destacado pelo próprio Deputado Paulo Teixeira em seu Relatório, seria um contrassenso que as partes não possam indicar o perito. Se se trata de testemunha técnica, a parte deveria nomear o perito para depor sobre fatos que queira esclarecer. É esse o modelo do *expert witness* do sistema adversarial e da arbitragem, que parece não ter sido seguido em sua essência no projeto, pois a interpretação literal da norma pode levar à conclusão de que como é o juiz que “determina” a prova e “fixa” os honorários do perito, seria ele que deveria nomeá-lo, aproximando esse sistema do modelo inquisitorial e o afastando do sistema utilizado na arbitragem. No entanto, uma interpretação sistemática da norma do art. 471, § 2º, do projeto com as demais normas que estabelecem uma efetiva participação das partes na condução do procedimento,<sup>39</sup> permite concluir que a indicação do perito para a “prova técnica simplificada” será preferencialmente de forma consensual entre as partes. Nesse particular, mesmo que o juiz seja o destinatário da prova e que, no processo civil moderno, vigore forte tendência de publicização,<sup>40</sup> prestigiando-se os poderes de ofício do magistrado, esse meio de prova em audiência, que, pela sua natureza testemunhal, baseia-se no embate entre as partes, deveria apenas excepcionalmente ser objeto de intervenção do juiz para nomeação do perito.

Ainda no que diz respeito à prova técnica simplificada, o projeto poderia ter autorizado, expressamente, que cada parte arrole o seu assistente técnico para depor sobre matéria técnica. Por se tratar de depoimento técnico, seria mais natural que essa prova ficasse a critério das partes, especialmente no que diz respeito à escolha do nome de quem será inquirido em audiência. Tal método de prova relegado à escolha e condução do juiz pode criar incertezas, além de ir de encontro ao princípio da cooperação, desvirtuando o sistema de *expert witness*, da forma como foi concebido. Importante consignar, porém, que o *expert witness* não poderia ser equiparado à figura do assistente técnico, que se submete à previsão do art. 473 do projeto de que “os assistentes técnicos são de confiança das partes e não estão sujeitos a impedimento ou suspeição.” Nesse caso, há de ser criada regra específica de que os honorários deveriam ser aprovados pela parte adversa e depositados em Juízo, a fim de criar maior independência à atividade do perito, que não seria diretamente contratado pela parte. Outra regra importante seria a

39. Um exemplo é a norma do art. 364, § 2º e 3º, que introduz relevante inovação ao permitir com que as partes submetam ao juiz “para homologação, uma delimitação consensual das questões de fato e de direito” que deverão constar do despacho saneador, podendo o juiz designar audiência de saneamento se a causa for complexa para que, em “cooperação com as partes”, seja possível fixar os pontos controvertidos consensualmente.

40. “A publicização do processo deve ser entendida como tendência mundial, inclusive nos países em que matérias de direito público devem ser discutidas em contencioso administrativo (...) No Brasil, Barbosa Moreira, foi uns dos precursores da vertente doutrinária que ampara a prática dos poderes instrutórios oficiosos. Este autor afirmou que o juiz não deveria se limitar a aguardar a iniciativa das partes para buscar a sua certeza quanto aos fatos controvertidos, isso porque um dos escopos do processo é a paz social, que só será encontrada com a prolação de decisões fundadas na verdade. O mestre carioca deixou claro que não há mais espaço no atual mundo processual para limitar o poder dos juizes de descobrir a real verdade fática.” (Rafael Motta e Correa, *Poderes instrutórios do juiz e as novas diretrizes da norma processual in Revista de Processo*, nº 194, Editora RT, pp. 329 e 335).

obrigação de prestar compromisso perante o Juízo para dizer a verdade em audiência.<sup>41</sup> No caso *Ikarian Reefer*, julgado em 1993 na Inglaterra,<sup>42</sup> onde esse tipo de prova é comum, foi estabelecido importante princípio: o dever que o *expert* guarda para com o magistrado na formação do convencimento do julgador se sobrepõe ao dever que ele guarda para com a parte que o indicou. Em linhas gerais, a corte estabeleceu que o *expert* não deve ser apenas independente, mas deve também parecer independente, devendo oferecer uma assistência isenta para a corte, não podendo assumir o papel de “advogado” da parte. Note-se, ainda, que a repercussão prática do art. 473 do projeto é a de que a função dos assistentes técnicos é a de apenas auxiliar a parte com subsídios técnicos para acompanhamento da perícia. Mesmo que o juiz não esteja adstrito às conclusões do laudo,<sup>43</sup> ele poderá servir-se, livremente, de outros elementos de prova,<sup>44</sup> ainda que de menor valor probatório, mas a função do assistente técnico de auxiliar a parte a acompanhar a perícia não poderia ser equiparada à do perito na prova técnica simplificada, mesmo que ele tenha sido indicado pela parte.

Por fim, ainda no que diz respeito aos assistentes técnicos, o projeto criou regra específica aos peritos de que eles devem comprovar nos autos a ciência dada aos assistentes técnicos, por escrito, com antecedência mínima de cinco dias, sobre as diligências e exames que realizar, permitindo o acesso e acompanhamento dos assistentes.<sup>45</sup> Essa regra, no entanto, embora relevante, deveria vir acompanhada de uma sanção ou da imposição de prática de novo ato processual para suprir a ausência do assistente, na medida em que poderá ficar no plano da boa intenção do legislador, sem conseqüências práticas na hipótese de descumprimento.

## 7. CONCLUSÃO

As inovações do projeto do CPC trazem importante avanço na produção da prova pericial, tornando-a mais eficiente e menos distante das partes. Com a retomada, em parte, da regra de indicação conjunta dos peritos, prevista no CPC de 1939, há grande possibilidade de que, na conjuntura da atual evolução do processo civil, esse

---

41. Em outras circunstâncias, a necessidade de um compromisso a ser prestado pelos assistentes técnicos foi discutida pela Comissão do anteprojecto do CPC de 73: *Não obstante, o Anteprojecto Alfredo Buzaid mantinha o critério dos três peritos (art. 456 a 477). Ante as críticas e as ponderações surgidas – notadamente no Congresso de Campos do Jordão – e as discordâncias da Comissão Revisora, o emitente autor do Anteprojecto recuou do seu ponto de vista anterior e, no Projecto, agora transformado em lei, acolheu o sistema do perito único e dos dois assistentes técnicos. Mas só aparentemente, pois, na verdade, o que o Projecto e o Código novo fizeram foi atribuir aos peritos das partes o nome de assistentes técnicos. É o que ressalta claramente quando o novo estatuto impõe aos assistentes técnicos a obrigação de prestar compromisso de cumprir conscientemente o encargo que lhe foi cometido (Anteprojecto, art. 459, nº I; Código, art. 422).* (Luís Antônio Andrade, Op. cit. p. 176).

42. National Justice Compania Naviera S.A. vs. Prudential Assurance Co. Ltd. (1993) 2 Lloyd's Rep.68, pp. 81-82, the English Commercial Court, Queen's Bench Division.

43. “Art. 487. O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 378, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito.”

44. “Art. 378. O juiz apreciará livremente a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

45. Art. 473, Parágrafo único.

método passe a ser utilizado como forma de trazer maior segurança ao julgamento. Retirando-se do juiz a possibilidade de nomeação do perito, os inconvenientes, tão comuns, de que um *expert* não suficientemente capacitado seja escolhido poderão ser afastados. Dá-se lugar a uma nova lógica de participação ativa das partes na condução do procedimento, reduzindo-se as insatisfações e, conseqüentemente, impugnações e recursos.<sup>46</sup> Portanto, para que realmente funcionem as previsões de cooperação entre as partes, como, *v.g.*, acordo sobre os pontos controvertidos da lide e nomeação conjunta do perito, alterando-se completamente a dinâmica processual vigente, é necessário que as partes busquem, de boa-fé, trabalhar em prol do interesse comum na condução de um processo eficiente e célere, deixando de lado as divergências materiais. Não há dúvida de que o método consensual de indicação do perito é importante mecanismo para afastar insatisfações e contribuir para a produção de uma prova de maior qualidade técnica, mais ajustada ao litígio, pois as partes têm mais condições de escolherem profissionais com maior especialização na matéria do litígio do que o juiz.<sup>47</sup> A criação de uma lista de peritos por cada vara ou secretaria para serem nomeados em ordem de preferência traz maior transparência e previsibilidade no ato de nomeação do juiz, permitindo com que as partes avaliem, com maior precisão, se o nome ou os nomes a serem indicados as satisfazem ou uma tentativa de nomeação conjunta seria mais proveitosa. Essas duas inovações tornarão o sistema mais harmônico, prestigiando a ampla informação das partes para que possam optar pelo método que melhor lhes atenderá no caso concreto.

No que diz respeito à prova técnica simplificada, não obstante as vantagens que ela traz para o processo, como acima destacado, a norma pecou por não estabelecer, de maneira clara, sobre a forma de nomeação do perito. Limita-se a afirmar que “*o juiz poderá, em substituição à prova pericial, determinar a produção de prova técnica simplificada.*” Uma interpretação literal desse dispositivo pode levar à conclusão de que caberia ao juiz, exclusivamente, a nomeação do perito que será inquirido em audiência. No entanto, a nomeação do perito pelo juiz para inquirição em audiência não se coaduna com esse método de prova (*expert witness*), que tem como característica o confronto entre as partes, mediante inquirição da testemunha técnica em audiência. Melhor seria se a norma estabelecesse que as partes nomearão, conjuntamente, o perito – o que pode ser concluído pela interpretação sistemática com o art. 471, § 2º, do projeto e com as demais normas que permitem a efetiva participação das partes na condução do procedimento – e, em sua impossibilidade, que cada parte estivesse livre para nomear o seu perito em audiência.

Quanto à regra de que os peritos devem comprovar nos autos que deram ciência aos assistentes técnicos, por escrito, com antecedência mínima de cinco dias, sobre

46. Segundo Trícia Navarro Xavier Cabral, “*o fato é que não se pode fazer do direito processual um espaço de disputas de poder entre sujeitos do processo, uma vez que as técnicas processuais não se prestam, aprioristicamente, a enaltecer a parte ou o juiz, mas sim para fortalecer as finalidades inerentes ao direito processual. Assim, seria um raciocínio mesquinho e ultrapassado tentar fazer do processo uma competição entre os referidos sujeitos processuais. A tendência atual é de convergência de objetivos e de resultados, e não o contrário.*” (Op. cit, 288).

47. Como acentua José Carlos Barbosa Moreira “*claro está que, de fato, por óbvias razões, o material probatório virá aos autos sobretudo pelas mãos das partes, que têm ciência direta dos acontecimentos relevantes e dos elementos capazes de comprovar as alegações a eles relativas.*” (Op. cit., p. 49).

as diligências e exames que realizar, permitindo o acesso e acompanhamento dos assistentes, o projeto deveria ter estabelecido uma sanção ou imposição da prática de novo ato processual para suprir a ausência do assistente nas diligências e exames, na medida em que poderá perder a efetividade se não prever consequências quando do seu descumprimento.

Por fim, cabe registrar que no processo civil moderno é equivocada a classificação dos sistemas como sendo inquisitorial ou adversarial. Os sistemas que se originaram de determinada família do direito (romano-germânica ou anglo-saxã) passaram a incorporar, nos dias atuais, em nome da celeridade e eficiência, práticas que se originam do sistema oposto, resultando em considerável integração, especialmente pela grande influência da arbitragem, difundida amplamente em todo o mundo. O estudo dos sistemas é relevante, por outro lado, para compreender a origem dos institutos jurídicos e aplicá-los corretamente, com as adaptações impostas pela legislação local e pela cultura do sistema jurídico no qual eles se integrarão.

## BIBLIOGRAFIA

- AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, 1º vol., Saraiva, São Paulo, 1958.
- ANDRADE, Luís Antônio. *Aspectos e Inovações do Código de Processo Civil*, F. Alves, Rio de Janeiro, 1974.
- ARAGÃO, E.D. Moniz de. *Estudos sobre a Reforma Processual*, ed. do “Instituto de Ciências Sociais e Direito Comparado”, Curitiba, 1969.
- ATAÍDE JR, Jaldemito Rodrigues de. *As Tradições Jurídicas de Civil Law e Common Law*, in *Novas Tendências do Processo Civil*, Editora JusPodivm, 2013.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes do juiz no novo CPC*, in *Revista de Processo*, nº 208, Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- CARPENA, Márcio Louzada, *Os poderes do juiz no common Law*, in *Revista de Processo*, nº 180, Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- CORREA, Rafael Mota, *Poderes instrutórios do juiz e as novas diretrizes da norma processual* in *Revista de Processo* nº 194, Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- GREGER, Reinhard. *Cooperação como princípio processual*, in *Revista de Processo*, nº 206, Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- KANE, Mary Kay. *Civil Procedure*, 6ª ed., Thomson West: Minnesota, 2007.
- MARQUES, José Frederico. in *Comentários ao Código de Processo Civil* de Pedro Batista Martins, Ed. Forense, São Paulo, vol. II, nº 64, 1960.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck*, in *Revista de Processo* 2011, vol. 194, abril/2011, Editora Revista dos Tribunais.
- \_\_\_\_\_. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*, 9ª Série, Editora Saraiva, 2004.
- PEIXOTO, Ravi. *Rumo à Construção de um Processo Cooperativo*, in *Revista de Processo* 2013, Ano 38, vol. 219, maio/2013, Editora Revista dos Tribunais.
- STRECK, Lenio Luiz. *Um Debate Com (e Sobre) O Formalismo-Valorativo de Daniel Mitidiero, ou "Colaboração no processo civil" é um princípio?* in *Revista de Processo* 2012, Ano 37, vol. 213, novembro/2012, Editora Revista dos Tribunais.
- TARUFFO, Michele. *Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação*, in *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, nº 1.81, mar. 2010a.
- WAINCYMER, Jeffrey. *Procedure and Evidence in Internacional Arbitration*, Ed. Wolters Kluwer Law & Business, 2012.



# AINDA É POSSÍVEL UM NOVO CPC MELHOR

*ANDRE VASCONCELOS ROQUE<sup>1</sup>,  
FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI<sup>2</sup>,  
LUIZ DELLORE<sup>3</sup> E  
ZULMAR DUARTE DE OLIVEIRA JUNIOR<sup>4</sup>*

## 1. PERSPECTIVA ABRANGENTE

Antes de adentrar no tema a que o presente trabalho se propõe, cumpre registrar e tecer encômios ao fato de os coordenadores da presente obra, alguns ardorosos defensores do projeto de Novo Código de Processo Civil, acolherem para publicação este escrito crítico. Tal circunstância demonstra o compromisso, em muito maior medida, com a difusão do conhecimento.

O relevo do registro se dá pela acentuada tendência, seja no ambiente acadêmico, seja na atmosfera deliberativa, de sufocamento das vozes dissonantes, objetivando uma uniformidade aparente. Quem assim procede, na ânsia de obter adesão à sua posição, mal sabe que a autoridade do argumento se lapida no enfrentamento de perspectivas diversas, quando, tal como bater pedras, o argumento mais forte, mais resistente, destrói o mais fraco, sendo que do entrechoque o primeiro sai mais bem lapidado.

A essa altura da tramitação legislativa do projeto, não parece conveniente que as discussões sejam relegadas ao plano abstrato, com promessas que não parecem justificáveis – por exemplo, redução de 50% a 70% no tempo de duração de processos – pela ausência de um novo contexto em volta da propugnada reforma processual.

- 
1. Doutorando e Mestre em Direito Processual pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Professor em cursos de pós-graduação. Membro do IBDP, CBAr e IAB. Advogado/RJ
  2. Doutor e Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP (FD-USP). Professor Doutor de Direito Processual Civil e Arbitragem da Faculdade de Direito da USP – Ribeirão Preto (FDRP-USP) e do programa de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania da UNAERP (Universidade de Ribeirão Preto). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.
  3. Doutor e Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP (FD-USP). Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do IBDP. Advogado.
  4. Advogado/SC. Consultor Jurídico do Estado de Santa Catarina. Professor. Pós-Graduado em Direito Civil e Processo Civil. Membro do IAB.

Como já se destacou em outra oportunidade, o mal da morosidade do Judiciário não será exterminado apenas com reformas legislativas, que pouco ou nada demandam para o Estado. As deficiências estruturais e de gestão do serviço público de Justiça, a formação excessivamente formalista e contenciosa dos profissionais do Direito, o mau funcionamento do contencioso administrativo, a inoperância de agências reguladoras com poderes efetivos de fiscalização e punição e a indevida utilização do Judiciário como instrumento de moratória da dívida pública, entre outras, são causas que pouco têm a ver com o processo civil.<sup>5</sup>

Nessa mesma toada, outra justificativa renitentemente apresentada em defesa ao projeto remete à impossibilidade de consenso em relação a seu texto, que jamais agrada a todos.

Em reforço a tal argumento, alguns defensores do projeto não deixam de apresentar reservas a diferentes temas, afirmando, contudo, que esse seria o consenso possível. O argumento merece reflexão. Ao invés de demonstrar que o projeto humano é falível, impossível de alcançar o ideal e que o consenso é um objetivo intangível, direciona exatamente para a ausência de amadurecimento na substituição do atual Código de Processo Civil.

Destaque-se, a propósito, que o atual Código de Processo Civil passou por inúmeras alterações, algumas etiquetadas como “minirreformas”, a par da extensão na alteração do texto. Diversas dessas reformas só começam a produzir impacto nos dias de hoje – característica peculiar do ciclo legislativo –, como o cumprimento da sentença, a repercussão geral e o regime dos recursos especiais repetitivos, para ficarmos em alguns poucos exemplos. E os dispositivos atuais desses institutos são repetidos sem maior reflexão no atual projeto, uma vez que não se teve tempo hábil para verificar a necessidade de sua reforma ou aprimoramento.

E não é só isso. Alguém dirá que boa parte do projeto tramita, desde o início, com texto inalterado e consensual. Mas os dispositivos que permanecem sem modificação, em larga medida, limitam-se a reproduzir artigos do Código atual ou a consolidar entendimentos pacificados na doutrina e na jurisprudência.

As verdadeiras inovações propostas são objeto de viva divergência, razão pela qual houve idas e vindas no texto, sendo o fim (e retorno) do efeito suspensivo automático da apelação e as modificações quanto aos limites objetivos da coisa julgada exemplos eloquentes disso. Na última versão apresentada do projeto, a impressão de mais do mesmo é uma constante ao longo de sua leitura.

Fica a pergunta: o dissenso quanto a opções fundamentais do projeto se dá pela impossibilidade de atender a todos ou pela simples circunstância de que não é o momento para alteração?

---

5. ROQUE, Andre; GAJARDONI, Fernando; DELLORE, Luiz; DUARTE, Zulmar. Esse é o novo CPC de que precisamos? *Valor Econômico*, 20 de agosto de 2013.

Para nós, com o devido e merecido respeito, a resposta no tocante ao dissenso está atrelada à inexistência de amadurecimento quanto às soluções para o mal da morosidade. Como na vida, às vezes diagnosticamos o mal, mas o remédio demora a ser prescrito. Todos, e podemos dizer isso com segurança, já ouviram que a morosidade do Poder Judiciário decorre da falta de estrutura. Por que agora seria o atual Código de Processo Civil o grande responsável? Que estudo aponta para isso? No que o projeto alteraria o contexto, tendo em vista que repete, tranquilamente, boa parte do texto atual? Alguns afirmam que o aprimoramento legislativo seria mais um ponto a se observar na busca da melhoria da prestação jurisdicional; contudo, apenas isso, sem alterações estruturais, será capaz de surtir algum efeito concreto?

Essas são perguntas que permanecem sem resposta.

Preocupa-nos ainda o acolhimento, durante a tramitação do projeto, de propostas que desnaturam a índole do projeto e os vetores que nortearam sua realização.

A democracia não se compraz nisso. O projeto será democrático caso no seu processamento seja não apenas permitida a apresentação, de onde quer que seja, de propostas, bem como assegurada a efetiva consideração destas, ainda que para rejeitá-las. Por outro lado, o acolhimento irrefletido de propostas, visando somente ao consenso, não prestigia a democracia substancial – que exige maturação do debate – e implica a perda de identidade do projeto e, conseqüentemente, da base valorativa que justificou sua idealização.

Feitas tais observações, prosseguimos para constatar que, gostemos ou não, sendo oportuno ou não, em maior ou menor tempo, teremos um Novo Código de Processo Civil no Brasil, uma vez que a aprovação do projeto parece se apresentar, cada vez mais, como fato inelutável e irreversível. Assim, o que nos cabe a essa altura é tencionar sua melhora qualitativa, apontando eventuais incorreções, opções legislativas inconvenientes e, por que não, propostas objetivando sua melhora<sup>6</sup>.

De qualquer forma, considerando o texto aprovado na Comissão Especial (relatório Deputado Paulo Teixeira) em julho de 2013, neste momento conduzimos nossas observações para três eixos principais de debate, relacionados em itens autônomos neste trabalho, os quais condensam e resumem – não exaurem – , os pontos críticos do projeto. Esses eixos são os seguintes: 1) incorreções e falhas do projeto; 2) opções legislativas inconvenientes; 3) possibilidades normativas não exploradas.

---

6. E aqui não se pode deixar de destacar a importância dessa obra, cuja edição anterior levou, sem dúvida alguma, ao aperfeiçoamento do projeto, com a retirada de propostas insustentáveis do ponto de vista prático ou jurídico. Nesse sentido, a ver a extirpação completa, na nova versão do CPC/Câmara (Relatório Paulo Teixeira), da “apelação por instrumento”, cujos inconvenientes foram apontados outrora por um dos autores desse texto (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Apelação por instrumento: breve leitura crítica à proposta apresentada no PLC 8046/2010*. In: *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto de Código de Processo Civil*. [Org. FREIRE, Alexandre *et al.*]. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 37/56).

Como de fácil percepção, a própria complexidade do texto normativo aponta para a sobreposição dessas diversas análises, razão porque, numa ou noutra situação, um tema poderia ser inserido em mais de um dos enfeixamentos aqui apresentados.

## 2. INCORREÇÕES E FALHAS DO PROJETO

Neste tópico, estão alinhadas situações que, a nosso ver, podem ser classificadas como incorreções e falhas no projeto do Novo CPC, as quais prejudicam o perfeito funcionamento dos institutos processuais e, conseqüentemente, a própria dinâmica do processo e suas finalidades. Aqui o processo é visto pelo corte de sua mecânica.

### (i) Dever genérico de cumprimento das ordens judiciais

A norma deve retratar a plenitude do que pretende regular, sob pena de incidir na crítica latina: *lex minus dixit quam voluit*.

O inciso IV do artigo 77 do Novo CPC<sup>7</sup> deve expressar que o cumprimento é dever no tocante a todo e qualquer provimento jurisdicional, independentemente de sua natureza ou do momento topológico em que prolatado.

### (ii) Endereço do advogado

O artigo 106 do Novo CPC<sup>8</sup> reedita sem perfeição o atual artigo 39 do CPC<sup>9</sup>. A alteração na ordem frasal (“quando postular em causa própria”) pode dar a entender que o advogado somente tem que observar os fins do dispositivo quando estiver atuando em causa própria, o que é um arrematado absurdo.

Basta ver que tal entendimento esvaziaria o artigo 273 do projeto<sup>10</sup>, nas hipóteses em que o advogado não postular em causa própria.

### (iii) Sucumbência na denunciação da lide

O projeto, ao regular a denunciação da lide, especificamente na atribuição da responsabilidade pelo pagamento das verbas sucumbenciais, incluindo honorários, determina, sem ressalva, a condenação do denunciante em tais parcelas, caso se sagre vencedor da demanda principal (artigo 129)<sup>11</sup>.

---

7. Art. 77, IV do projeto do Novo CPC: “Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: (...) IV – cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza antecipada ou final, e não criar embaraços a sua efetivação”.

8. Art. 106 do projeto do Novo CPC: “Quando postular em causa própria, incumbe ao advogado ou à parte: I – declarar, na petição inicial ou na contestação, o endereço, eletrônico ou não, seu número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil e o nome da sociedade de advogados da qual participa, para o recebimento de intimações; II – comunicar ao juízo qualquer mudança de endereço, eletrônico ou não” (grifou-se).

9. Art. 39 do CPC atual: “Compete ao advogado, ou à parte quando postular em causa própria: I – declarar, na petição inicial ou na contestação, o endereço em que receberá intimação; II – comunicar ao escrivão do processo qualquer mudança de endereço” (grifou-se).

10. Art. 273 do projeto do Novo CPC: “Art. 273. Onde não houver publicação em órgão oficial, incumbirá ao escrivão ou chefe de secretaria intimar de todos os atos do processo os advogados das partes: I – pessoalmente, se tiverem domicílio na sede do juízo; II – por carta registrada, com aviso de recebimento, quando forem domiciliados fora do juízo”.

11. Art. 129 do projeto do Novo CPC: “Se o denunciante for vencido na ação principal, o juiz passará ao julgamento da denunciação da lide; se vencedor, a ação de denunciação não terá o seu pedido examinado, sem prejuízo da

Na verdade, em regra, o mais correto seria que a condenação das verbas sucumbenciais da denunciação fosse atribuída ao autor da demanda principal, já que, por conta do seu ato de demandar, o réu viu-se na contingência de realizar a denunciação. De todo modo, seria pelo menos conveniente que o projeto ressalvasse a incidência do princípio da causalidade na distribuição das verbas sucumbenciais da denunciação.

#### (iv) Vedação à prática de atos processuais

O artigo 212, § 2º, do Novo CPC<sup>12</sup> permite a prática de diversos atos processuais (citações, intimações e penhoras) nas férias e feriados, atos estes que não encontram permissão no artigo 214 do Novo CPC<sup>13</sup>, que apenas se refere à citação e à tutela de urgência. É inconciliável a contradição entre os dispositivos.

#### (v) Arguição de nulidade na citação

O projeto não repetiu a atual redação do § 2º do artigo 214 do CPC<sup>14</sup>. A rigor, não seria mais possível apresentar petição articulando exclusivamente a nulidade do ato de citação, para posteriormente ser apresentada a resposta propriamente dita. Ocorre que, em tema de intimação, o projeto tratou o tema de maneira diversa (artigo 272, § 9º, *in fine*, do Novo CPC<sup>15</sup>), podendo tal discrepância conduzir à insegurança jurídica. Teria sido, afinal, eloquente a omissão de semelhante dispositivo quanto à citação?

Em reforço, a situação específica versada pelo art. 272, § 9º do projeto (impossibilidade de manifestação do interessado por indisponibilidade dos autos) pode se dar também no caso da citação – pense-se, por exemplo, na remessa dos autos ao Ministério Público ou na citação decorrente do instituto do chamamento ao processo.

#### (vi) Tutela antecipada com motivação “*clara e precisa*”

O art. 299<sup>16</sup> do projeto é desnecessário.

A motivação das decisões judiciais é imperativo de ordem constitucional (art. 93, XI, da CF).

Não será essa regra do projeto que eliminará do universo jurídico as condenáveis decisões padronizadas.

---

condenação do denunciante ao pagamento das verbas de sucumbência em favor do denunciado”.

12. Art. 212, § 2º do projeto do Novo CPC: “Independentemente de autorização judicial, **as citações, intimações e penhoras poderão realizar-se no período de férias forenses**, onde as houver, e nos feriados ou dias úteis fora do horário estabelecido no artigo, observado o disposto no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal” (grifou-se).
13. Art. 214 do projeto do Novo CPC: “Durante as férias forenses e nos feriados, não se praticarão atos processuais, excetuando-se: I – a citação; II – a tutela de urgência”.
14. Art. 214, § 2º do CPC atual: “Comparecendo o réu apenas para arguir a nulidade e sendo esta decretada, considerar-se-á feita a citação na data em que ele ou seu advogado for intimado da decisão”.
15. Art. 272, § 9º do projeto do Novo CPC: “Não sendo possível a prática imediata do ato diante da necessidade de acesso prévio aos autos, a parte limitar-se-á a arguir a nulidade da intimação, caso em que o prazo será contado da intimação da decisão que a reconheça”.
16. Art. 299 do projeto do Novo CPC: “Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela antecipada, o juiz justificará as razões de seu convencimento de modo claro e preciso”.

O que as eliminará é a censura das instâncias superiores (que, inclusive, também têm o dever de motivação de suas decisões liminares) e uma constante conscientização e valoração, inclusive e especialmente pelos próprios magistrados, do papel do juiz no Estado Democrático de Direito.

O regime da fundamentação das decisões judiciais, ademais, está muito bem explicitado e detalhado (*loas* ao projeto) em seu art. 499 (aplicável, inclusive expressamente, às decisões antecipatórias),<sup>17</sup> não havendo necessidade do repetido “*lembrete*” constante do art. 299.

O estéril dispositivo pode ser suprimido, o que fará o projeto se tornar mais sistemático e (bem) menos repetitivo, evitando, inclusive, que alguém suponha, sarcasticamente, que no Brasil haveria dois tipos de decisões: a) as de motivação “clara e precisa”, e b) as de motivação que, não necessariamente, precise ser “clara e precisa”.

Impende observar, além desses, muitos outros registros poderiam ser feitos quanto às incorreções e falhas no projeto.

Porém, como o objetivo aqui não consiste em espiohar erros, nem em inventariar desacertos, apresentaram-se alguns descompassos mais que suficientes a demonstrar que o projeto não está pronto para aprovação. Embora a perfeição seja um ideal que não se pode atingir, algumas imperfeições são devem ser negligenciadas.

### 3. OPÇÕES LEGISLATIVAS INCONVENIENTES

Neste item, são destacadas algumas opções legislativas que, em nosso entender, são inconvenientes, indevidas, no poliedro das possíveis visões que alguns temas permitem. Procedemos, neste ponto, à análise do processo estratificado no projeto pelo perfil de sua estruturação.

#### (i) Julgamento dos processos em ordem cronológica

O art. 12 do projeto do Novo CPC<sup>18</sup> estabelece que todos os órgãos jurisdicionais deverão obedecer a ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.

O dispositivo, em primeira análise, se mostra louvável, já que, de fato: a) o julgamento em ordem cronológica dos processos é imperativo de igualdade (art. 5º, *caput*, da CF)<sup>19</sup>; b) a regra impedirá que o julgamento siga ordem distinta considerando as partes envolvidas (e sua eventual capacidade econômica ou política), ou mesmo a “*in-*

---

17. Sobre o dever de motivação no projeto, um dos autores deste escrito escreveu trabalho específico na edição anterior dessa obra: ROQUE, Andre Vasconcelos. Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC. In: *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto de Código de Processo Civil*. [Org. FREIRE, Alexandre *et al.*]. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 247/263.

18. Art. 12 do projeto do Novo CPC: “Os órgãos jurisdicionais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão”.

19. Igualdade que o julgamento por ordem cronológica só tutelará em parte. Afinal, a regra apenas impõe a cronologia no tocante às sentenças e acórdãos, deixando fora uma série de atos decisórios importantes, como as decisões liminares (tutela da evidência e de urgência), como também decisões saneadoras.

*fluência*” ou o “*prestígio*” do advogado atuante; c) a previsão, igualmente, obstará que os órgãos jurisdicionais pretiram os processos mais complexos em favor dos casos mais simples, de fácil resolução; e d) por conseguinte, a disposição contribuirá para debelar a morosidade do processo, já que as causas mais complexas receberão tratamento em tempo semelhante ao das mais simples.

O que, entretanto, aparenta ser um avanço (e é prometido e aplaudido como tal), causará infundáveis problemas práticos, principalmente em 1º grau de jurisdição, de modo que, preservadas as opiniões em contrário, acredita-se que a proposta prejudicará – e profundamente –, a prestação do serviço público jurisdicional<sup>20</sup>.

E aqui – mais uma vez<sup>21</sup> –, criticável o fato de as comissões que trabalharam no projeto do Novo CPC não terem dado a atenção devida às estatísticas disponíveis, as quais podem mostrar o erro ou o acerto de várias das opções adotadas.

Conforme dados do TJSP<sup>22</sup> – que serve de base diante da magnitude do seu acervo no universo Judiciário brasileiro –, mais de 50% das unidades de 1º grau no Estado de São Paulo têm competência cível cumulativa (cível em geral, empresarial, falência, consumidor, além dos processos relativos à Corregedoria dos cartórios extrajudiciais), grande parte delas, inclusive, também com competência para os feitos de família, criminal, infância e juventude, execução fiscal, juizados especiais cíveis e da fazenda pública etc.

Apenas a título ilustrativo, e sem considerar as 297 Varas instaladas na capital do Estado (onde a especialização é maior), ou mesmo as Varas Cíveis instaladas nas Comarcas do interior, onde também há Varas de Família em funcionamento, do total de 1459 varas no interior do Estado, ao menos 593 delas são, no jargão forense, *clínicas gerais*, competentes para julgamento dos mais variados tipos de conflito. Em outros termos, sendo notório que São Paulo é o Estado brasileiro com a maior interiorização da Justiça, possível afirmar que no Brasil, bem mais do que metade das unidades jurisdicionais em 1º grau de jurisdição são cumulativas, competentes para julgar desde o conflito mais simples ao mais complexo<sup>23</sup>.

Então, o primeiro problema com a ordem cronológica surgirá em se saber – à míngua de regra clara –, se ela vale apenas para os processos estritamente cíveis, ou se ela se estenderá nessas Varas cumulativas, também, para os processos de natureza

20. Isso sem mencionar o silêncio do texto quanto às consequências da inobservância da regra. Se o juiz não observar a cronologia, o que ocorrerá? Estamos diante de uma situação análoga aos prazos impróprios ou à regra (solenemente não observada) do art. 555, § 2º e 3º do CPC atual?

21. Esse apontamento já foi feito em recente texto publicado por um dos autores desse texto no site Consultor Jurídico, em que ele apontou dados estatísticos que, no seu sentir, comprovam a inconveniência da manutenção do efeito suspensivo automático da apelação (Fernando da Fonseca Gajardoni. Efeito suspensivo automático da apelação deve acabar, <http://www.conjur.com.br/2013-ago-09/fernando-gajardoni-efeito-suspensivo-automatico-apelacao-acabar>, acesso em 17.08.2013, às 11:25hs).

22. Fonte: Secretaria de 1ª instância do TJSP.

23. Conforme informes obtidos junto ao CNJ, não há dados compilados sobre o número de varas cumulativas existentes no Brasil.

criminal, infuncional, administrativa (dúvidas, pedidos de providência, retificações de registro) e seguintes do rito dos Juizados (cíveis, federais e da Fazenda Pública). Há como se definir uma ordem cronológica sem considerar esse componente na equação?<sup>24</sup>

O segundo problema é o da regra aumentar o mal que exatamente visa combater: a morosidade.

Pois não há como se negar que com a disposição, o aporte para julgamento de causas mais complexas (*v.g.* uma ação societária, uma ação civil pública ou de improbidade administrativa), impedirá o julgamento de questões mais simples cuja rápida solução é de manifesto interesse social (causas previdenciárias, que envolvam alimentos, execuções, despejos e procedimentos de jurisdição voluntária em geral, tais como interdições, alvarás para levantamento de valores, etc.).

Ainda que o § 2 do art. 12 estabeleça 7 (sete) exceções ao julgamento por ordem cronológica<sup>25</sup>, elas não são suficientes para contornar o mal que será provocado pela disposição. Só quem efetivamente milita no foro em primeiro grau sabe o que representa para o jurisdicionado a rápida solução de certos conflitos de menor complexidade não contemplados pelas exceções legais.

Acredita-se, ao menos quanto ao 1º grau (onde efetivamente é prestada a tutela jurisdicional), que a regra da cronologia, em que pese plasmada de boas intenções, terá o efeito reverso do desejado. Parece ser possível conciliar o interesse público no julgamento em ordem cronológica com o interesse público na pronta solução de litígios de menor complexidade.

E, para tanto, 4 (quatro) soluções são possíveis: a) suprimir a regra do julgamento em ordem cronológica nos juízos de primeiro grau, mantendo-a, apenas, para os Tribunais (cuja natureza revisional permite que os processos sejam julgados por ordem de entrada sem maiores problemas práticos, vez que a tutela já foi prestada na instância inaugural); b) estabelecer a regra da ordem cronológica dentro de certos parâmetros temporais, fixando-se um período após a conclusão (60, 90 ou 120 dias) no qual os processos podem ser julgados livremente, passando a incidir a cronologia de conclusão, apenas, se decorrido esse prazo, ainda houver processos pendentes de julgamento com o juiz, caso em que ele deverá julgar aqueles feitos pendentes antes de decidir os novos entrados; c) ampliar (bastante) as situações em que autorizado o julgamento fora da ordem cronológica (acrescentando *v.g.*, os feitos de jurisdição voluntária, previdenciários, alimentos, etc); ou d) fixar o caráter “preferencial” (e não cogente) da regra,

---

24. E não estamos aqui falando das causas já pacificadas ou repetitivas, as quais já foram bem excepcionadas pela regra do art. 12, § 2º, II e III do projeto.

25. São essas as exceções: “I – as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido; II – o julgamento de processos em bloco para aplicação da tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos; III – o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas; IV – as decisões proferidas com base no art. 945; V – o julgamento de embargos de declaração; VI – o julgamento de agravo interno; VII – as preferências legais”.

permitindo que feitos menos complexos, mediante adequada fundamentação, possam ser julgados prioritariamente pelo magistrado, fora da ordem cronológica.<sup>26</sup>

### (ii) Perenização indevida da litispendência

Permite-se no artigo 45, § 2º, do Novo CPC que o juiz estadual, na hipótese de intervenção da União ou de outra pessoa jurídica de direito público na esfera federal, aprecie pedido para o qual seja competente, abstendo-se, conseqüentemente, da análise do pleito sobre o qual não tem competência<sup>27</sup>.

O texto pode implicar inúmeros problemas relativos à litispendência, já que o pedido, sobre o qual não se tem competência, não será apreciado, persistindo virtualmente pendente (litispendente). O mais correto, portanto, seria que o dispositivo determinasse a extinção parcial do processo, no concernente ao pedido para o qual o magistrado seja incompetente, permitindo que a parte, caso tenha interesse, formule tal questão perante o juízo competente.

### (iii) Foro competente para demandas envolvendo serventia notarial ou de registro

A previsão de foro específico para a serventia notarial ou de registro não tem razão de ser (art, 53, III, alínea *f*, do Novo CPC<sup>28</sup>).

Ao revés, a realidade indica a necessidade de inversão da regra, colocando o ofendido numa melhor condição.

É que, no tema, o ofendido, potencial prejudicado pelo ato, teria que demandar o cartório extrajudicial na sede deste, agravando a situação e a ofensa. Lembre-se ser comum os cartórios extrajudiciais protestarem títulos de todo o país e, como assumem tais serviços com os emolumentos respectivos (bônus), devem arcar com os ônus, respondendo às demandas no domicílio dos potenciais prejudicados.

A regra acaba por tratar as serventias como se hipossuficientes fossem, em prejuízo do indivíduo.

<sup>26</sup>. Essa foi a proposta de emenda (760/2011) apresentada à Comissão Especial da Câmara pelo Deputado Jerônimo Goergen (PP-RS) – rejeitada sumariamente pela relatoria do projeto, sem qualquer explicação – que tendia a modificar o art. 12 do PL 8046/10, para constar que “os juízes deverão proferir sentença e os tribunais deverão decidir recursos obedecendo, *preferencialmente*, à ordem cronológica de conclusão”. Com propriedade, constou das razões que inspiraram a emenda: “A ordem dos julgamentos é matéria que deve ser de responsabilidade exclusiva do julgador. Evidentemente, o critério de antiguidade da conclusão deve ser levado em consideração, mas não pode ser uma imposição legal, sob pena de engessamento da produtividade da prestação jurisdicional. Há várias espécies de demanda que, por sua natureza, devem ser julgadas com maior rapidez. Por outro lado, há questões repetitivas que, julgadas em conjunto, contribuem para a celeridade das decisões. A questão é de gestão de gabinete, sendo que cada magistrado, neste mister, tem melhores condições de avaliar, diante da sua realidade, como irá organizar a análise dos processos para julgamento, observando os princípios da celeridade e efetividade no préstimo da jurisdição”. Essa mesma posição foi recentemente externada pelo Min. Ricardo Lewandowski, do STF (<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI184062,21048-Ordem+cronologica+para+juulgamento+e+um+equivoco+para+Ricardo>, acesso em 02.09.2013).

<sup>27</sup>. Art. 45, § 2º do projeto do Novo CPC: “Na hipótese do § 1º, o juiz, ao não admitir a cumulação de pedidos em razão da incompetência para apreciar qualquer deles, não apreciará o mérito daquele em que exista interesse da União, suas entidades autárquicas ou empresas públicas”.

<sup>28</sup>. Art. 53, III, alínea *f* do projeto do Novo CPC: “É competente o foro: (...) III – do lugar: (...) *f* da sede da serventia notarial ou de registro, para a ação de reparação de dano por ato praticado em razão do ofício;”

#### (iv) Arguição da incompetência relativa

Não é razoável que o Ministério Público possa arguir a incompetência relativa nos processos em que atuar (artigo 65, parágrafo único, do Novo CPC<sup>29</sup>). As partes podem ter interesse na prorrogação da competência, pelo que o réu, secundando a escolha do autor, não apresenta a preliminar. O Ministério Público não tem qualquer interesse nesta situação, pois dotado de unidade. Ademais, tal faria que a questão da incompetência relativa fosse tratada ao fim da fase postulatória, já que a intervenção do MP somente ocorre, em regra, após a apresentação da dita réplica (artigo 180 do projeto).

Da mesma maneira, a questão da articulação da incompetência relativa merece aprimoramento. O artigo 341 do projeto não resolve bem a questão, pois não deixa clara a possibilidade de ser apresentada a mera alegação da incompetência ou se teria que vir a resposta como um todo<sup>30</sup>. Ora, a ideia da audiência de conciliação no início, antes da contestação, é tentar a composição num momento em que a litigiosidade ainda não se apresenta plena, razão porque antecipar a apresentação da resposta não é oportuno. É que, numa leitura do dispositivo, parece que se pretende adiantar o protocolo da contestação, mesmo antes da realização da audiência de conciliação.

Além disso, caso o réu não compareça à audiência de conciliação, protocolando a contestação com preliminar de exceção de incompetência em seu domicílio (art. 341) no prazo do artigo 336, inciso I<sup>31</sup> (ou seja, após a audiência, não se aplicando o art. 341, § 3º), ele estará isento da multa do art. 335, § 8º<sup>32</sup>. Ou o réu, em tal situação, terá que antecipar a alegação de incompetência relativa, junto com toda a sua resposta, se não quiser ou não puder (pela distância) comparecer à audiência de conciliação?

Tangencialmente, todo esse regramento é alterado se a incompetência vir acompanhada da alegação de convenção de arbitragem (artigo 345)<sup>33</sup>. O sistema deve ser

---

29. Art. 65, parágrafo único do projeto do Novo CPC: “A incompetência relativa pode ser alegada pelo Ministério Público nas causas em que atuar”.

30. Art. 341 do projeto do Novo CPC: “Havendo alegação de incompetência relativa, a contestação poderá ser protocolada no foro de domicílio do réu, fato que será imediatamente comunicado ao juiz da causa, preferencialmente por meio eletrônico. § 1º A contestação será submetida a livre distribuição ou, se o réu houver sido citado por meio de carta precatória, juntada aos autos dessa carta, seguindo-se a sua imediata remessa para o juiz da causa. § 2º Reconhecida a competência do foro indicado pelo réu, o juízo para o qual fora distribuída a contestação ou a carta precatória será considerado preventivo. § 3º Alegada a incompetência nos termos do *caput*, será suspensa a realização da audiência de conciliação a que se refere o art. 335, se tiver sido designada. § 4º Definida a competência, o juízo competente designará nova data para a audiência de conciliação”.

31. Art. 336, I do projeto do Novo CPC: “O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de quinze dias, cujo termo inicial será a data: I – da audiência de conciliação ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição;”.

32. Art. 335, § 8º do projeto do Novo CPC: “O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado”.

33. Art. 345 do projeto do Novo CPC: “A alegação de existência de convenção de arbitragem deverá ser formulada, em petição autônoma, na audiência de conciliação. (...) 2º O autor será intimado para manifestar-se imediatamente sobre a alegação. Se houver necessidade, a requerimento do autor, o juiz poderá conceder prazo de até quinze dias para essa manifestação. § 3º A alegação de incompetência do juízo, se houver, deverá ser formulada na mesma petição a que se refere o *caput* deste artigo, que poderá ser apresentada no juízo de domicílio do réu,

simples, como a própria Comissão e relatores sempre destacaram. Ao cabo, a regra de prevenção criada pode ser de impossível de realização, haja vista a existência de varas exclusivas para processamento de precatórias (artigo 345, § 2º).

#### (v) **Interpretação abrangente dos pedidos**

A interpretação restrita do pedido (como reconhecida atualmente no artigo 293 do CPC<sup>34</sup>) é imperativo lógico. Decorre da circunstância de o autor conformar livremente seu pedido. Eventual incorreção neste deve prejudicar quem formula e não a parte contrária, que jamais pode ser surpreendida por interpretação abrangente. Inconveniente, assim, a regra do artigo 323, parágrafo único, do Novo CPC,<sup>35</sup> que parece chancelar a chamada “interpretação compreensiva” do pedido praticada em alguns julgados<sup>36</sup>.

#### (vi) **Conversão da ação individual em coletiva**

O processo não é, nem pode, ser reduzido a coisa das partes. A estruturação do processo descansa sobre um ponto de equilíbrio entre os interesses contrários das partes adversas e o interesse público na prestação da tutela jurisdicional.

Tanto é assim que o sistema processual, na nossa tradição, fica aberto ao poder de disposição das partes sobre a matéria do provimento jurisdicional, no que é expressiva a absorção temperada do princípio dispositivo no sistema processual. Mesmo porque o referido poder é a projeção no processo da liberdade, autonomia e capacidade de autodeterminação que é reconhecida ao indivíduo quanto aos seus direitos.

Também é inegável que, instaurado o processo, o sempre mencionado poder sofre mitigações frente à necessidade do Poder Judiciário bem realizar a prestação da tutela jurisdicional — o direito abomina absolutos.

Todavia, mesmo essa compreensão publicista do processo não justifica o artigo 334 do Código de Processo Civil, no que permite a conversão do processo individual independentemente da anuência do autor, compelindo-o a demandar coletivamente.

---

observado o disposto no art. 341. § 4º Após a manifestação do autor, o juiz decidirá a alegação. Intimadas as partes da decisão que a rejeita, o prazo da contestação começará afluír. § 5º Se, antes da audiência de conciliação, o réu manifestar desinteresse na composição consensual, terá de, na mesma oportunidade, formular a alegação de convenção de arbitragem, nos termos deste artigo”.

34. Art. 293 do CPC atual: “Os pedidos são interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal os juros legais”.
35. Art. 323, parágrafo único do projeto do Novo CPC: “A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé”.
36. Nesse sentido, entre outras hipóteses, o Superior Tribunal de Justiça tem considerado que pedidos genéricos de indenização (“condenação nas perdas e danos”) autorizam a condenação do réu em danos materiais e morais ou, tratando-se de questão que envolva apenas danos materiais, em danos emergentes e lucros cessantes. V., exemplificativamente, STJ, AgRg no Ag 1332176/PR, Quarta Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 2.8.2011, DJe 9.8.2011; AgRg no REsp 994827/RS, Primeira Turma, rel. Min. Halmilton Carvalhido, j. 28.9.2010, DJe 4.11.2010; REsp 779.805/DF, Quarta Turma, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 14.11.2006; DJ 12.2.2007. Para uma crítica sobre esse ponto, confira-se o texto de um dos autores do presente trabalho, ROQUE, Andre Vasconcelos. A estabilização da demanda no projeto do novo CPC: mais uma oportunidade perdida? In: *O projeto do novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos*. [Org. DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar]. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 63.

O autor que ingressou com determinado processo visando à proteção do seu direito individual pode ter interesse em continuar litigando solitariamente, pois menos complexo, mais rápido, quiçá melhor aos seus interesses (permitindo-lhe, por exemplo, mais facilmente realizar um acordo).

Em contrapartida, o objetivo do projeto, possibilitar a deflagração de um processo coletivo sobre determinada matéria, pode ser razoavelmente atendido com a absorção do tema na compreensão do artigo 139, inciso X, do projeto<sup>37</sup>. Além disso, como ficaria o processo caso o autor recuse aditar a inicial (art. 334, § 4º)<sup>38</sup>? Não há resposta.

### **(vii) Rol de testemunhas em audiência**

Inviável exigir que as partes levem na audiência de que trata o artigo 364, § 3º e 4º, do Novo CPC<sup>39</sup> o rol de testemunhas, porquanto, até então, não se terão delimitado as questões de fato relevantes (fixação dos pontos controvertidos – inciso II do aludido dispositivo).

Mais ainda, como na mencionada audiência é possível a atribuição de forma diversa do ônus da prova (inciso III<sup>40</sup>), em tal situação, a parte poderá levar rol de testemunhas que não se coaduna com a nova distribuição do ônus.

### **(viii) Sumarização exacerbada da cognição na produção antecipada de prova**

O artigo 389, § 4º, do Novo CPC<sup>41</sup> engendra manifesta violação ao contraditório e a ampla defesa. O prejudicado pela produção da prova tem que poder apresentar defesa, inclusive para apontar a desnecessidade ou ausência de pertinência na realização da prova de forma antecipada.

Obviamente, impõe-se certa limitação cognitiva ao conhecimento de questões, mas isto não pode implicar na supressão completa do direito de defesa.

### **(ix) Coisa julgada sobre a questão prejudicial**

Um dos temas mais complexos do direito processual é a coisa julgada. Tanto que (i) não há, ainda hoje, consenso na doutrina sequer quanto a seu conceito, (ii) há

---

37. Art. 139, X do projeto do Novo CPC: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) X – quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem os arts. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva”.

38. Art. 334, § 4º do projeto do Novo CPC: “Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva”.

39. Art. 364, § 4º do projeto do Novo CPC: “ § 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes. Nesta oportunidade, o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações. § 4º Caso tenha sido determinada a produção de prova testemunhal, o juiz fixará prazo comum não superior a quinze dias para que as partes apresentem rol de testemunhas. **Na hipótese do § 3º, as partes já devem trazer, para a audiência ali prevista, o respectivo rol de testemunhas**” (grifou-se).

40. Art. 364, III do projeto do Novo CPC: “Não ocorrendo qualquer das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: (...) III – definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 380;”.

41. Art. 389, § 4º do projeto do Novo CPC: “Neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra a decisão que indeferir, total ou parcialmente, a produção da prova pleiteada pelo requerente originário”.

autores que bem destacam que, quanto ao estudo da coisa julgada, paradoxalmente, “os problemas crescem de vulto na mesma proporção em que os juristas se afadigam na procura de soluções”.<sup>42</sup>

Em virtude dessa constatação, afigura-se no mínimo recomendável cautela em relação à modificação da coisa julgada.

A versão aprovada no Senado propôs a alteração do sistema vigente, para afirmar que as questões prejudiciais serão cobertas pela coisa julgada independentemente de pedido de qualquer das partes (extinguindo, por consequência, a figura da ação declaratória incidental).

Diante de críticas da doutrina<sup>43</sup>, a versão da Câmara (Relatório Deputado Sérgio Barradas Carneiro) retornou ao sistema semelhante ao CPC em vigor<sup>44</sup>.

Contudo, o texto ao final aprovado na Comissão Especial da Câmara retomou – com pequenas alterações – o sistema proposto no projeto apresentado no Senado.

Apenas esse relato já demonstra como a questão é polêmica e objeto de divergência entre a doutrina e os membros do Congresso.

E cabe destacar, ademais, que o próprio relatório que antecede o projeto apresentado na Comissão, ao narrar os debates realizados no âmbito da Câmara, apenas apresenta críticas à hipótese de modificação na regra da coisa julgada<sup>45</sup> – inclusive constatando, de forma irretocável, que a “doutrina e jurisprudência brasileiras não têm reclamado do modelo atual”.

Assim, não se tem documentados, na Câmara, os motivos pelos quais a proposta de alteração do regime atual foi acolhida. A alegação constante da exposição de motivos apresentada no Senado seria a de “celeridade”.

Contudo, a experiência estrangeira mostra que isso traz mais problemas que soluções<sup>46</sup>.

42. BARBOSA MOREIRA. Ainda e sempre a coisa julgada. RT 416/9.

43. Nesse sentido, destaca-se GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria e PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada no projeto de Código de Processo Civil: reflexões inspiradas na experiência norte-americana. RePro 194, p. 101-138, abr. 2011 e DELLORE, Luiz. Da ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil: *quieta non movere*. Revista de Informação Legislativa, nº 190, p. 35-43, abr./jun. 2011.

44. O que, inclusive, foi objeto de artigo elogiando a modificação no texto, da parte de um dos subscritores deste artigo, no volume anterior desta coletânea (DELLORE, Luiz. Da coisa julgada no novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010 e PL 8046/2010): limites objetivos e conceito. In: *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto de Código de Processo Civil*. [Org. FREIRE, Alexandre et al.]. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 631-644.

45. Confira-se relatório do Deputado Paulo Teixeira, sob protocolo \*AD19399A20\*, que traz somente críticas à alteração (p. 96, 103, 282/283), disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/relatorios-parciais-apresentados> (acesso em 5-set-2013).

46. DELLORE, Luiz. Da coisa julgada no novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010 e PL 8046/2010): limites objetivos e conceito, *op. cit.*

E, principalmente, o grande risco é de insegurança. Não se saber, exatamente, o que foi efetivamente decidido pelo juiz sob o contraditório e com força de coisa julgada. Ou seja: não se saber que parte da decisão é estável e não pode mais ser decidida.

Exemplificando: imagine-se que, em uma cobrança envolvendo o descumprimento de um contrato, surja a discussão de nulidade de cláusula ou mesmo nulidade do contrato. Independentemente da profundidade do debate, tais questões acabam sendo apreciadas pelo juiz na sentença, ainda que de maneira sucinta.

Pelo CPC vigente, caso não haja a propositura de declaratória incidental por qualquer das partes, apenas o pedido é que será coberto pela coisa julgada (cobrança). 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.

E haverá a dúvida nas partes: será que houve efetivamente o contraditório? Será que o juiz efetivamente as apreciou? Se a resposta for positiva, haverá coisa julgada; se for negativa, não haverá. Ou seja, o risco de não se saber o que é protegido pela coisa julgada será muito grande.

#### **(x) Incidente de resolução de demandas repetitivas sobre questão de fato**

Na última versão apresentada do projeto, ampliou-se o cabimento do incidente de resolução de demandas repetitivas para a solução de questões de fato (arts. 988, § 9º e 995, § 6º)<sup>47</sup>.

A proposta em discussão encontra origem em relatório parcial dos livros IV e V do projeto, apresentado pelo deputado Hugo Leal, no qual constou a seguinte justificativa:

*“E cria-se o § 3º para dizer que o incidente também poderá ser instaurado a partir de uma mesma questão de fato. Não se trata de um incidente sobre questão de fato, mas sim sobre questão de direito oriunda de um mesmo fato”.*

No relatório final aprovado na Comissão Especial, registrou-se que o incidente de resolução de demandas repetitivas foi objeto de muitas discussões e que “este relatório geral houve por bem aglutinar várias das propostas e adotar redação que as contemplasse – inclusive quanto à possibilidade de incidente sobre questão de fato controvertida”.

Sem dúvidas, o incidente de resolução de demandas repetitivas consiste em uma das principais novidades trazidas pelo projeto do novo Código de Processo Civil e promete ser um importante instrumento da resolução das demandas de massa, que se repetem na sociedade brasileira. Sua ampliação também para questões de fato, porém, é inconveniente.

---

47. Art. 988, § 9º do projeto do Novo CPC: “O incidente pode ser instaurado quando houver decisões conflitantes sobre mesma questão de fato” e art. 995, § 6º do projeto do Novo CPC: “Julgado o incidente na hipótese do art. 988, § 9º, a solução da questão fática será aplicada a todos os processos em que essa questão seja relevante para resolução da causa”.

Em primeiro lugar, porque se mostra muito difícil, na prática, que o tribunal delimite de forma precisa a questão fática a ser dirimida. Não menos tormentosa, ainda, será a tarefa de determinar em quais processos a solução da questão de fato no incidente será relevante, para efeitos de aplicação do art. 995, § 6º da versão atual do projeto.

Além disso, ao delimitar as provas admissíveis para a comprovação de determinado fato, poderá o tribunal não apenas restringir o livre convencimento do juiz – mesmo estando este em posição mais próxima das partes e das provas produzidas – como criar um curioso sistema de prova tarifada de origem jurisprudencial.

Em outras palavras, as instâncias superiores poderão ditar ao juiz qual prova deverá ser admitida para a comprovação de determinados fatos. Embora o projeto não discipline o que ocorrerá em caso de desobediência à decisão do incidente sobre matéria de fato – evidência de que não se conferiu adequada sistematização à matéria – é lícito concluir, por aplicação analógica do art. 1000<sup>48</sup>, que será admitido o manejo da reclamação para cassar a decisão do juiz, com grave comprometimento à sua independência.

Note-se que o livre convencimento do juiz consiste em direito fundamental indisponível, tão imprescindível para que se obedeça o devido processo legal que até mesmo a Lei de Arbitragem, em seu art. 21, § 2º,<sup>49</sup> em que pese admitir que as partes convenionem sobre o procedimento, considera inafastável o livre convencimento do árbitro.

Se o que se pretendia no projeto era admitir o incidente sobre regras de direito probatório (ônus da prova, limitações probatórias etc.) em causas idênticas, como parece transparecer pela justificativa apresentada no relatório parcial do deputado Hugo Legal, a pretendida ampliação do cabimento do incidente é desnecessária – uma vez que se trata de questões tipicamente de direito, como tem asseverado a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>50</sup> – e até mesmo indesejadas, por poderem induzir a equívocos na sua aplicação prática.

#### 4. POSSIBILIDADES NORMATIVAS NÃO EXPLORADAS

O último eixo argumentativo propõe a análise do projeto no quadro das oportunidades desperdiçadas, precisamente apresentando algumas novas configurações aos institutos processuais nele constantes, objetivando a melhora do seu rendimento, sempre com o cuidado de respeitar as opções legislativas já realizadas.

48. Art. 1000 do projeto do Novo CPC: “Não observada a tese adotada pela decisão proferida no incidente, caberá reclamação para o tribunal competente”.

49. Art. 21, § 2º da Lei nº 9.307/1996: “Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”.

50. Confira-se, entre outros: STJ, AgRg no REsp 1.195.364, 5ª T., Rel. Min. Jorge Mussi, julg. 11.6.2013: “Na técnica da valoração da prova – também denominada por alguns de “reavaliação da prova” – podem ocorrer duas situações em sede de recurso especial: (1ª) este Tribunal Superior, mantendo as premissas fáticas e probatórias delineadas pelo acórdão recorrido e sem reexaminar a justiça ou injustiça da decisão impugnada, qualifica juridicamente os fatos soberanamente comprovados na instância ordinária; e (2ª) **esta Corte examina suposta afronta a dispositivos legais relativos ao direito probatório (o que provar, como provar, quando provar etc.)**” (grifou-se). V, tb. REsp 464.430, 3ª T., Rel. Min. Castro Filho, julg. 13.2.2007.

Trataremos, por assim dizer, da alma do processo.

### (i) O paradigma dos autos em papel

A versão original do projeto pouco tratava da verdadeira revolução que a tecnologia vem provocando na tramitação do processo.

A última redação traz avanços (como a previsão de ato processual por videoconferência – art. 236, § 3º)<sup>51</sup>. Contudo, o paradigma dominante ainda é o papel.

O CPC deve ter seus olhos para o futuro, não para o passado. Assim, uma revisão pontual na principal lei processual (não em leis extravagantes) é fundamental para regular a transição entre o papel e o digital.

Se não houvesse necessidade dessa regulamentação, não haveria razão para o projeto tratar de *qualquer* aspecto da tramitação do processo em meio eletrônico.

Mas temos hoje um projeto que trata do processo de forma híbrida (papel e eletrônico – com uma série de omissões em relação à nova tecnologia).

Apenas a título exemplificativo, podemos destacar as seguintes situações em que o projeto permanece com a visão de autos em papel:

- a) a previsão apenas de agravo “de instrumento”, ou seja, com a necessidade de extração de cópias e formação do instrumento a ser distribuído no tribunal (art. 1.030);
- b) competir ao escrivão a “guarda dos autos”, que em regra devem “permanecer em cartório” (art. 152, IV e V) e ser dever dos patronos “restituir os autos” (art. 234);
- c) ser possível às partes requerer “recibo de petições, arrazoados, papéis e documentos que entregarem em cartório” (art. 201), bem como ser vedado lançar “cotas marginais ou interlineares, as quais o juiz mandará riscar” (art. 202);
- d) menção a “autos apartados” ou “em apenso” (arts. 69, II, 545, 638, 657, § 1º, 700, 717, 930, § 1º, entre outros); e
- e) ausência de previsão de sustentação oral por videoconferência (art. 950), ainda que haja menção, genérica, a ato processual por tal meio, como já exposto (art. 236, § 3º)

A objeção que se faz à crítica aqui apresentada é de que a realidade, no país, ainda está longe do processo que predominantemente trâmite em meio eletrônico.

Contudo, é inegável que em alguns anos não mais haverá autos físicos – e, então, o projeto será incapaz de adequadamente regular o meio pelo qual será prestada a tutela jurisdicional. Assim, melhor seria que eventuais menções a autos físicos fossem lançadas nas disposições finais e transitórias do Novo CPC, que poderia, inclusive, ressaltar que permanecem em vigor, até incorporação total do processo eletrônico, as disposições do CPC/73 relativas a atos processuais em papel (instrumentos, apensos, cargas e afins).

---

51. Art. 236, § 3º do projeto do Novo CPC: “Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real”.

Portanto, se aprovado o projeto da forma como está, o Código já nascerá ultrapassado, necessitando de mais reformas (vale lembrar que a Lei nº. 11.419/2006 alterou o CPC, exatamente com a necessidade de adaptá-lo às novas tecnologias, prevendo, por exemplo, a citação por meio eletrônico e o diário oficial em suporte eletrônico).

## (ii) Flexibilização procedimental

Exatamente por conta das críticas recebidas, o anteprojeto da comissão de juristas foi alterado no Senado para que a flexibilização judicial do procedimento fosse mitigada. Na proposta atual, somente é possível ao juiz “*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 direito*” (art. 139, VI).

Contudo, nem no Senado e nem na Câmara, houve preocupação em se estabelecer critérios legais para a operação (devidamente sugeridos pela doutrina<sup>52</sup>), sem os quais não há segurança e nem previsibilidade para a adequação formal.

Deixar a tarefa para a doutrina e jurisprudência gera instabilidade e insegurança jurídica, principalmente se considerado o tempo que leva para esse tipo de questão chegar e ser pacificada no âmbito do STJ. Corre-se o risco de, com a aprovação do projeto tal como sugerido, cada juiz flexibilizar o procedimento conforme sua própria conveniência.

Mister que se estabeleça a excepcionalidade da adequação formal (o rito legal tem que ser a regra) e os critérios para o seu emprego (motivação, adequação às especificidades objetivas e subjetivas do conflito, e necessidade de orientação às partes sobre o porvir), até para evitar exatamente a quebra da previsibilidade do procedimento e afastar as pertinentes críticas que se tem feito à flexibilização sem regras claras.

O parágrafo único do art. 139 (inserido na Câmara), ademais, traz limitação injustificável (“*a dilação de prazo prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes do início do prazo regular*”). A necessidade de ampliação do prazo pode surgir após o início de sua fluência e, impedi-la pode gerar situações de absoluta iniquidade, principalmente por privar a parte contra quem corre o prazo de postular a aplicação da adequação formal. A ver o caso de um demandado em ação civil pública complexa (cuja inicial tem vários volumes e perícias extrajudiciais), que citado para contestá-la

---

52. Um dos autores desse texto, em trabalho pioneiro em sendas brasileiras sobre a temática, sugeriu quais seriam as condicionantes para a aplicação, pelo julgador, da flexibilização (judicial) do procedimento (que doravante se propõe seja legalmente autorizada). Conforme ponderado pelo autor, “obviamente, algum critério, ainda que mínimo, deve haver para que possa ser implementada a variação ritual, sob pena de tornarmos nosso sistema imprevisível e inseguro, com as partes e o juiz não sabendo para onde o processo vai e nem quando ele vai acabar. Este critério consiste na necessidade de existência de um motivo para que se implemente, no caso concreto, uma variação ritual (**finalidade**), na participação das partes da decisão flexibilizadora (**contraditório**), e na indispensabilidade de que sejam expostas as razões pela quais a variação será útil para o processo (**motivação**)” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 87/88).

em 15 dias, necessita demandar ampliação de prazo para o próprio exercício efetivo da defesa; ou o caso de uma ação com dezenas de partes e advogados distintos, que no curso do prazo de embargos de declaração, necessitam da dilação para melhor defesa dos seus patrocinados.

Note-se, por oportuno, que a própria limitação do parágrafo único se tornou contraditória, pois o art. 444, § 2º do projeto (ampliação do prazo para manifestação sobre documentos complexos ou volumosos) prevê, expressamente, ser possível a dilação *após o início do prazo regular e mediante requerimento da parte*.

Razoável, assim, que a ampliação do prazo possa ser ordenada até o fim do prazo regular, tornando a regra do art. 139, VI, do projeto, útil também àquele contra quem corre o prazo (que é mesmo quem, no mais das vezes, precisa da dilação do prazo).

### (iii) *Amicus curiae* e os embargos declaratórios

O *amicus curiae* é trazido ao processo exatamente para ampliar a legitimidade do processo, no que equaliza o déficit de legitimidade democrática do Poder Judiciário. Então esse novel refinamento processual, de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, não se compraz com a mera possibilidade da intervenção, mas impõe a detida análise e consideração dos argumentos agitados pelo amigo da corte.

Assim, indispensável franquear ao *amicus curiae*, quando menos, o recurso dos embargos declaratórios, permitindo-lhe a suscitação de omissões, contradições e obscuridades do julgado, notadamente quanto à matéria por si articulada. De nada adianta permitir sua intervenção se seus argumentos não serão objeto de consideração.

### (iv) Teoria da asserção

No tema das condições da ação, o projeto deveria dar passo firme em direção à teoria da asserção. A extinção do processo pela ausência das condições da ação deve ser exceção, preferindo-se sempre a sentença meritória de rejeição do pedido. Os dispositivos têm que acentuar tal tendência, fazendo constar que somente se acolhe a ilegitimidade **manifesta** de parte e a **patente** ausência de interesse processual, sendo os demais casos, principalmente quando cotejada prova, hipóteses de improcedência do pedido.

### (v) Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas

O Código de Defesa do Consumidor disciplina a relação entre demandas coletivas e individuais de forma bastante insatisfatória, como tem apontado a doutrina dominante. Trata-se, aliás, de uma das causas pela quais as ações coletivas, mormente em matéria de direitos individuais homogêneos, não lograram atingir todas as suas finalidades no Brasil.

Ainda que se respeite a opção política de não regular no Novo CPC as ações coletivas, parece-nos conveniente que o projeto discipline aspectos mínimos da relação entre incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas que versem sobre a mesma questão, sob pena de se abrirem as portas para a mais absoluta insegurança jurídica até que a matéria seja algum dia – quem sabe quando? – apreciada pelos tri-

bunais superiores. A recente e traumática experiência com o art. 475-J, *caput*, do CPC, inserido pela Lei nº. 11.232/2005, prova o quão problemática é a renúncia legislativa em prol do entendimento da doutrina e da jurisprudência.

Nas últimas versões apresentadas do projeto, acolhendo em parte críticas veiculadas por nós,<sup>53</sup> o Novo CPC já disciplina aspectos básicos dessa relação de forma elogiável.

Parece-nos que o incidente, ao tratar de tese jurídica delimitada, em regra, consistirá em questão prejudicial em relação às ações coletivas, cujos pedidos poderão ser, casuisticamente, muito mais amplos que a tese debatida no incidente. Dessa forma, em princípio, o incidente deve ter primazia em relação às ações coletivas sobre a mesma questão, suspendendo todas elas, desde que se encontrem em curso dentro da base territorial de competência do órgão em que está sendo processado o incidente.

Essa previsão foi contemplada pelo projeto, em sua última versão, especialmente nos arts. 990, § 1º, I e 995, *caput*.<sup>54</sup>

Naturalmente, se a ação coletiva tiver sido ajuizada fora da base territorial do órgão em que se processa o incidente (por exemplo, uma ação coletiva de âmbito nacional em São Paulo e um incidente em curso no Tribunal de Justiça de Minas Gerais) ou se ela já estiver tramitando nos tribunais superiores, tal suspensão não será possível.

Em que pese a evolução do projeto neste aspecto, todavia, a disciplina legislativa permanece insuficiente diante da hipótese de uma ação coletiva fora da base territorial do órgão em que se processa o incidente (e, portanto, não submetida à disciplina de suspensão e aplicação da tese jurídica estabelecida nos arts. 990, § 1º, I e 995, *caput*), mas cujos efeitos venham a avançar sobre essa base. Destaque-se que, conforme recentes precedentes do Superior Tribunal de Justiça, os efeitos de uma decisão em ação coletiva não se limitam indiscriminadamente à área de competência do órgão prolator, nem mesmo diante do atual art. 16 da Lei da Ação Civil Pública<sup>55</sup>, devendo a questão ser examinada conforme a delimitação na petição inicial.

Assim, imagine-se, por exemplo, uma ação coletiva de âmbito nacional em curso em São Paulo e um incidente de resolução de demandas repetitivas sendo processado no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Qual decisão prevalecerá no âmbito do Estado do Rio de Janeiro? E se a ação coletiva já tiver sido submetida a um tribunal superior, a resposta será diferente?

53. ROQUE, Andre; GAJARDONI, Fernando; DELLORE, Luiz; DUARTE, Zulmar. Um convite ao debate: o Novo CPC ainda mais uma vez. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/andreroque/2013/07/14/um-convite-ao-debate-o-novo-cpc-ainda-mais-uma-vez/> (acesso em 27 de agosto de 2013).

54. Art. 990, § 1º, I do projeto do Novo CPC: “Admitido o incidente, o relator: I – suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no estado ou na região, conforme o caso;” e art. 995, *caput* do projeto do Novo CPC: “Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal”.

55. Confira-se: STJ, RESP 1.243.887, Corte Especial, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 19.10.2011, DJe 12.12.2011; RESP 1.247.150, Corte Especial, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 19.10.2011, DJe 12.12.2011 e RESP 1.243.386, Terceira Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12.6.2012, DJe 26.6.2012.

Essas potencialidades normativas não foram exploradas no projeto e deveriam ser objeto de detida reflexão, a fim de evitar insegurança jurídica.

Parece-nos que, se já houver coisa julgada na ação coletiva, a decisão do incidente não poderá ir de encontro a ela. Entretanto, caso o incidente seja definido anteriormente à ação coletiva, aí o órgão em que se processa a demanda coletiva deverá observar a decisão do incidente, ainda que não esteja compreendido na base territorial do tribunal onde ele foi processado. Caso contrário, poderia qualquer legitimado coletivo reduzir a pó a tese jurídica do incidente, bastando para isso propor uma ação coletiva em foro não compreendido pela área de jurisdição do tribunal.

Evidentemente, o órgão em que se processa a ação coletiva pode não se convencer da tese que foi estabelecida no incidente. Nesse caso, deveria se permitir a limitação da tese firmada no incidente apenas às situações jurídicas que pudessem ser reduzidas à base territorial do tribunal em que se processou aludido incidente.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil vive uma fase de reformas políticas. Natural que, mais cedo ou mais tarde, surgisse uma proposta de profunda alteração no processo civil em nosso país.

Entretanto, qualquer reforma consistente não pode prescindir do aprofundamento dos debates. O tempo de tramitação de um projeto, por si só, não significa, nem é garantia, que seu conteúdo tenha sido debatido de forma plena (o Brasil infelizmente tem vários exemplos neste sentido), especialmente quando várias versões têm se sucedido.

É por acreditarmos na possibilidade de ainda ser possível um Novo CPC melhor que temos apresentado, desde o início da tramitação do projeto, nossas críticas, comentários e propostas. Se o objetivo perseguido é conferir eficiência, celeridade e previsibilidade à administração da justiça em nosso país, não devem ser poupados esforços nesse sentido.

Todos somos chamados a contribuir com o projeto do Novo Código, uma vez que seu fardo será dividido igualmente por nós todos.

Essa percepção norteou o presente exercício crítico que, nos limites permitidos, apontou inconsistências no projeto, opções normativas infelizes e a existência de virtudes inexploradas pelo Novo CPC no contexto do seu texto, tudo com o fito de aprofundar o debate.

Não há razão para, enfim, em nome de uma suposta reserva do possível, renunciarmos à busca de um melhor Código de Processo Civil.

# O PRECEDENTE SOBRE QUESTÃO FÁTICA NO PROJETO DO NOVO CPC

ANTONIO ADONIAS A. BASTOS<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Um dos principais pontos de destaque do Projeto do novo Código de Processo Civil (NCPC – Projeto de Lei 166/2010 do Senado e Projeto de Lei 8.046/2010 da Câmara dos Deputados) diz respeito à aplicação dos precedentes no exame das demandas repetitivas. Sem dúvida, a utilização de decisões de casos já julgados a situações que lhes são semelhantes consiste em elemento fundamental para o tratamento isonômico dos sujeitos que se encontram numa mesma posição jurídica. Além disso, permite que os integrantes da sociedade possam antever a provável solução dos conflitos, em razão da expectativa de aplicação do entendimento já firmado por um determinado tribunal, atendendo aos princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica<sup>2</sup>.

São inúmeros os dispositivos projetados que tratam dessas decisões paradigmáticas. Alguns versam sobre a sua eficácia (ora lhes atribuindo caráter persuasivo, ora vinculante<sup>3</sup>), outros lidam com a sua aplicação, havendo também os que dispõem sobre as técnicas para a sua fixação.

Neste passo, o art. 522 da versão do Projeto que tramita na Câmara dos Deputados prevê dois meios de julgamento de casos repetitivos, quer a questão controversa verse sobre direito material ou processual: (a) o incidente de resolução de demandas repetitivas e (b) os recursos especial e extraordinário repetitivos. Eis a redação proposta na referida Casa Legislativa<sup>4</sup>:

- 
1. Doutor (Universidade Federal da Bahia – UFBA). Mestre (UFBA). Professor na pós-graduação *lato sensu* em diversas instituições no Brasil. Professor na graduação da Faculdade de Direito da UFBA e da Faculdade Baiana de Direito. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro Fundador e Diretor da Associação Norte e Nordeste de Professores de Direito Processual (ANNP). Membro do Comitê de Ensino Jurídico do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (CESA). Advogado. Email: adonias@adonias.adv.br.
  2. Tratamos do assunto em nossa Tese de Doutorado: Bastos (2012).
  3. A redação dada aos arts. 520 e 521 pela Câmara (correspondentes ao art. 882 aprovado pelo Senado) positiva a orientação de os Tribunais uniformizarem sua jurisprudência e a manterem estável, de modo a assegurar o tratamento isonômico para conflitos que sejam semelhantes entre si. Para atingir seu desiderato, os referidos dispositivos projetados tratam da eficácia dos precedentes judiciais.
  4. O dispositivo projetado correspondia ao art. 883 do Projeto aprovado pelo Senado, que possuía a seguinte redação:

Art. 522. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I – incidente de resolução de demandas repetitivas;

II – recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

No que diz respeito ao incidente de resolução de demandas repetitivas, o texto aprovado pelo Senado o admitia desde que fosse “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).

Estes requisitos de cabimento foram parcialmente modificados pela Câmara. O novo texto afirma que o processamento do incidente pressupõe a existência de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, e que haja a efetiva repetição de processos contendo controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito:

Art. 988. É admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando, estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito.

Contrapondo o texto aprovado pelo Senado com o que a Câmara propõe, nota-se que, de acordo com a nova versão do Projeto, a instauração do incidente exige a efetiva multiplicação de processos que contenham a mesma questão de direito, não se contentando mais com a mera potencialidade, entendimento, aliás, que defendemos em artigo doutrinário sobre o assunto, no qual demonstramos que o requisito da simples probabilidade de repetição, ao invés da sua concreta ocorrência, poderia provocar a violação ao princípio do contraditório<sup>5</sup>.

O Projeto proposto pela Câmara também inovou ao acrescentar a possibilidade de instauração do incidente quando houver decisões conflitantes sobre a mesma questão de fato, como se extrai do § 9º do art. 988:

§ 9º O incidente pode ser instaurado quando houver decisões conflitantes sobre mesma questão de fato.

Se for aprovado com tal redação, o dispositivo inaugurar a possibilidade do estabelecimento de precedentes sobre matéria fática, inclusive com eficácia vinculativa, no direito brasileiro.

Sem negar a existência, nem a importância dos precedentes que versam sobre questões de direito, o presente texto conceitua o precedente que versa sobre um determinado fato, distinguindo-o do precedente que trata de uma questão jurídica e demonstrando

---

Art. 883. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos:

I – o do incidente de resolução de demandas repetitivas;

II – o dos recursos especial e extraordinário repetitivos.

5. Antonio Adonias Bastos (2011, p. 21-40).

as vantagens que ele pode propiciar para o processamento e para o julgamento das demandas repetitivas.

## 2. PRECEDENTE SOBRE QUESTÃO DE DIREITO

Numa primeira e mais ampla acepção, o precedente pode ser considerado como uma decisão judicial que poderá ou deverá servir de parâmetro para os posteriores julgamentos de casos análogos sempre que tenha certa capacidade de adaptação para o futuro.

Não se trata de qualquer decisão pretérita. Além da característica da anterioridade, ele deve possuir um núcleo essencial, apreensível por indução, que poderá ou deverá funcionar como premissa para decisões de futuros casos semelhantes<sup>6</sup>. Deve-se notar que há sistemas jurídicos que lhe conferem eficácia meramente persuasiva, situação em que ele poderá servir para o julgamento dos litígios isomórficos ao(s) que o gerara(m), ao passo que há outros sistemas que lhe atribuem força vinculante, hipótese na qual ele deverá ser utilizado para a solução dos conflitos similares. Trata-se de instituto contemplado por todos os ordenamentos jurídicos, possuindo as mesmas qualidades extrínsecas em qualquer deles (SOUZA, 2008, p. 176). A sua relevância é que pode diferir de um sistema para outro, podendo lhe ser conferida eficácia obrigatória ou meramente persuasiva, situação em que possuirá um caráter secundário em relação às normas legisladas. Portanto, conceito e eficácia não se confundem.

Além dos referidos predicados, o precedente também deve ter analisado uma determinada matéria com o enfrentamento dos principais argumentos a favor e contra a tese veiculada no(s) caso(s) concreto(s).

Costuma-se examinar os precedentes que versam apenas sobre questões de direito, não sobre fatos. Sabe-se que toda decisão judicial examina os fatos (controvertidos ou não) que embasam determinado conflito e os fundamentos jurídicos que lhe são emprestados. Sob o ponto de vista do precedente que trata de uma *quaestio iuris*, a decisão paradigma não consistiria num precedente quanto aos fatos por ela analisados. Primeiramente, porque, sob tal perspectiva, cada caso seria considerado único<sup>7</sup>. Em segundo lugar, porque os contornos de um precedente podem surgir a partir da análise de vários casos, mediante uma construção da solução judicial da questão de direito que passa por diversos litígios semelhantes (MARINONI, 2010, p. 216). Assim, ele pode surgir da interpretação jurídica de diversas contendas que envolvem fatos que guardam certa similitude entre si, embora sejam diferentes uns dos outros. Nesta linha

6. Black (1990, p. 1176) define o precedente judicial da seguinte maneira: “*an adjudged case or decision of a court, considered as furnishing or authority for an identical or similar case afterwards arising or a similar question of law*”. Numa tradução livre: “um caso julgado ou uma decisão de uma corte, considerada como fornecedora ou como autoridade para um caso idêntico ou similar surgido posteriormente ou para uma questão similar de direito”. Freddie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2010, p. 381) explicam o precedente como “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.

7. Neste sentido: Rupert Cross e J. W. Harris (1991, p. 169) e Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 110).

de entendimento, o precedente provém da análise jurídica dos principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do(s) caso(s) concreto(s), dando-lhes interpretação à luz de uma categoria de fatos. Contudo, ele não versaria sobre um fato específico.

Não é a decisão paradigma como um todo que poderá ou deverá lastrear a solução dos futuros conflitos que lhe sejam isomórficos. Como já visto, o precedente judicial consiste numa decisão já proferida, abordando as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia concreta e a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório.

Na sua estrutura, interessa-nos explorar a *ratio decidendi*, também denominada de *holding* nos Estados Unidos da América. Sob o ponto de vista do precedente que versa sobre questões de direito, ela é considerada apenas como o fundamento jurídico que lastreia a decisão, ou seja, a tese jurídica aplicada na resolução do conflito. Trata-se da conclusão do raciocínio jurídico desenvolvido para se chegar à solução de um caso concreto ou aos desfechos de vários deles, e que será aplicada aos futuros julgamentos *inter alia*.

São diversas as teorias que tentam conceituá-la<sup>8</sup>, propondo diferentes métodos para identificá-la numa decisão ou num conjunto delas. Vejamos as mais relevantes.

Em sua teoria clássica, Eugene Wambaugh (1894, p. 11-18), afirma que, para extrair a *ratio decidendi* do caso anterior, deve-se analisar se a conclusão da decisão do caso a ser solucionado permaneceria a mesma, caso fosse invertido o teor do núcleo decisório. Se a hipotética inversão implicar mudança da decisão, estar-se-á diante de uma *ratio decidendi*. Do contrário, a tese originária não constitui uma *holding*. Portanto, a “razão de decidir” consistiria na regra ou proposição sem a qual a decisão não seria mantida<sup>9</sup>.

Por sua vez, Herman Oliphant (1928, p. 71-77) afirma que a *ratio decidendi* é a combinação dos fatos levados ao juiz, funcionando como estímulo a uma resposta judicial, não guardando relação com o raciocínio do juiz para chegar à decisão. Esta teoria, denominada “estímulo-resposta” ou “fatos-resposta”, era representativa do realismo jurídico americano, e nega que o precedente possa ser considerado uma norma geral e abstrata.

Já Goodhart. (1953, p. 203-204 e 222) a concebe como o conjunto dos fatos tidos como fundamentais pelo juiz (*material facts*) e a decisão proferida com base neles.

Rupert Cross (1968, p. 77) entende tratar-se de uma regra jurídica expressa ou implicitamente tratada pelo julgador como etapa necessária para alcançar a sua conclusão, tendo em vista a linha de raciocínio por ele adotada.

Em qualquer das teorias, a *ratio decidendi* emana da fundamentação da decisão, não se identificando com a decisão paradigma como um todo. Logo, não é a decisão

8. Karl n° Llewellyn (1960, p. 77-89) realizou estudo, identificando sessenta e quatro técnicas para identificar a *ratio decidendi*.

9. Diversos doutrinadores acompanham este entendimento, a exemplo de Edmund M. Morgan (1948, p. 155) e James Louis Montrose (1968, p. 12).

que terá a aptidão de criar normas para casos futuros. Nos sistemas que assim admitem, apenas a razão de decidir possuirá tal eficácia.

Entre o precedente e a norma que dele pode emanar (que é a *ratio decidendi*, a *legal rule*), caso o sistema jurídico lhe atribua esta eficácia, há uma relação de conteúdo e continente (TARANTO, 2010, p. 07).

A distinção mostra-se relevante.

Primeiramente, por evidenciar que a *ratio decidendi* pode ser inferida a partir dos motivos determinantes das decisões que tratam de questões resolvidas em favor da parte vencida. É possível que, num dado caso, o autor tenha apresentado diversas causas de pedir concorrentes, todas referentes a um só pedido, e que o réu tenha saído vitorioso no que diz respeito à inaplicabilidade de uma causa de pedir, mas que tenha saído perdedor, por força do acolhimento de um dos outros fundamentos invocados pelo demandante.

A diferenciação entre precedente e a razão de decidir realça, ainda, o aspecto de que uma só decisão possa conter diversas razões de decidir. Se um único precedente possuir várias questões nucleares, cada *quaestio iuris* que constitua o *thema decidendum* e que seja enfrentada no julgado representará uma diversa *ratio decidendi*. É o que sói acontecer na cumulação de pedidos em que pode haver tantas *holding* quantos sejam os pedidos<sup>10</sup>.

A diferenciação ainda permite identificar a existência de uma *ratio* nas decisões sobre questões preliminares ou prejudiciais, necessárias para se chegar à análise do mérito ou do próprio caso<sup>11</sup>, quando com ele não se confundem<sup>12</sup>. Tomem-se, a título ilustrativo, os enunciados 279 e 282 da súmula do STF, que versam sobre a admissibilidade de recursos<sup>13</sup>. Além de evidenciar a possibilidade de existência de uma *holding* referente a uma questão preliminar ou a uma prejudicial, quando ela é distinta da questão principal de mérito, tal concepção também demonstra que pode haver uma pluralidade de *raciones* numa única decisão, na medida em que uma(s) pode(m) tratar da preliminar ou da prejudicial, enquanto outra(s) pode(m) versar sobre a questão principal de mérito, ligada(s) ao pedido formulado pelo autor. Mais do que isso: tal exemplo também reforça a ideia de que a *ratio decidendi* é inferível a partir da rejeição de certa fundamentação jurídica apresentada pela parte. É o que pode acontecer quando o réu alega uma preliminar e ela não é acolhida.

10. Marinoni (2010, 261) trata do assunto, explicando a ocorrência da pluralidade de razões de decidir apenas na cumulação simples de pedidos. cremos, no entanto, que seja possível a sua ocorrência também nas outras espécies de cúmulo de pedidos.

11. Neste sentido: Taranto (2010, p. 16) e Marinoni (2010, p. 260).

12. Observamos que também existem preliminares e prejudiciais que consistem em questões principais de mérito.

13. Enunciado da Súmula 279 – Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

Enunciado da Súmula 282 – É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

Deve-se destacar, ainda, que, se a *ratio* emana da fundamentação, ela não se confunde com o dispositivo<sup>14</sup>. Este aspecto é importante para distinguir a eficácia normativa do precedente da que decorre da coisa julgada material, já que esta recairá somente sobre a conclusão da decisão judicial, não atingindo a sua motivação.

### 3. CLASSIFICAÇÃO DOS PRECEDENTES

Considerando o precedente como uma decisão judicial que servirá como parâmetro para julgamentos futuros, constata-se que ele está presente em todos os sistemas jurídicos. Resta saber se e como ele pode influenciar em julgamentos futuros.

O estudo de algumas das classificações dos precedentes é importante para analisarmos tal aspecto.

Sob uma primeira perspectiva, é possível distinguir os precedentes *lato sensu* dos *stricto sensu*. Enquanto aqueles consistiriam em qualquer decisão judicial pretérita que pudesse ser invocada como referência para a solução de um caso futuro, os últimos são definidos à luz da teoria do *stare decisis*<sup>15</sup>, que está baseada em duas características fundamentais: a força obrigatória dos precedentes e a ideia de hierarquia funcional entre eles, conforme o tribunal do qual emanem<sup>16</sup>.

A eficácia do precedente pode se dar na forma horizontal, quando diz respeito à própria Corte que o criou ou outros órgãos judiciais que não guardam relação hierárquica com ela, ou na vertical, quando atinge as instâncias hierarquicamente inferiores ao órgão jurisdicional que o elaborou. Assim é que um precedente judicial de uma corte pode possuir eficácia persuasiva em relação aos órgãos jurisdicionais que não lhe são inferiores, e força vinculante em relação aos que são. Constitui-se, nesta hipótese, o *binding precedent*, a partir de uma vinculação vertical<sup>17</sup>.

14. Karl Larenz (1997, p. 611) explica: “Vale como precedente, não a resolução do caso concreto que adquiriu força jurídica, mas só a resposta dada pelo tribunal, no quadro da fundamentação da sentença, a uma questão jurídica que se põe da mesma maneira no caso a resolver agora”.

15. Neste sentido: Souza (2008, p. 176-177).

16. Luiz Lênio Streck (2008, p. 164) aborda o assunto, afirmando que “precedentes são formados para resolver casos concretos e, (...) eventualmente, influenciam decisões futuras; as súmulas, ao contrário são enunciados gerais e abstratos – características presentes na lei – que são editados visando a solução de casos futuros. No fundo, o caso paradigma é o que menos importa para a edição de uma súmula”. Entendemos, contudo, que a “súmula” (na realidade, o enunciado da súmula) representa o entendimento de um determinado tribunal sobre certo assunto que foi submetido àquela Corte, levando-o a fixar um entendimento. Desta maneira, o órgão jurisdicional foi provocado a partir de casos concretos para manifestar-se, chegando a uma certa tese, que passa a se aplicar a outros casos semelhantes. Ocorre que, para a edição de um desses enunciados, o legislador impõe regras específicas quanto ao procedimento, à competência etc. Mesmo no caso das “súmulas vinculantes”, o STF edita os respectivos enunciados a partir de casos concretos que lhe foram submetidos, não estando autorizado a, discricionariamente, se manifestar sobre determinado assunto, como se legislador fosse.

17. Eis o que explica José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 12-13): “O fundamento desta teoria impõe aos juízes o dever funcional de seguir, nos casos sucessivos, os julgados já proferidos em situações análogas. Não é suficiente que o órgão jurisdicional encarregado de proferir a decisão examine os *precedentes* como subsídio persuasivo relevante, a considerar no momento de construir a sentença. Estes *precedentes*, na verdade, são vinculantes, mesmo que exista apenas um único pronunciamento pertinente (*precedent in point*) de uma corte de hierarquia superior”.

Note-se que a decisão será de observância obrigatória não apenas em relação ao caso em que foi proferida, mas incidirá também em relação aos casos análogos que serão julgados pelos órgãos inferiores, identificando-se aí, respectivamente, os âmbitos interno e externo de eficácias da decisão<sup>18</sup>. Essa sistemática caracteriza o julgamento pela “auto-referência” jurisprudencial, devendo a fundamentação de uma decisão fazer expressa comparação com a da decisão anterior, proferida pelo próprio órgão ou por tribunal que lhe seja superior.

Os precedentes judiciais também podem ser classificados quanto ao seu poder declarativo ou criativo do direito. O primeiro é aquele que tem por base direito já existente, seja uma norma legislada ou mesmo um precedente anterior. Baseia-se na teoria que afirmava que o juiz não tinha o poder de criar um novo direito, restringindo-se a manter e declarar um direito já conhecido, mesmo que fixado num precedente<sup>19</sup>. Por outro lado, o segundo admite a existência do papel criativo da atividade jurisdicional, afirmando que o juiz cria uma nova regra jurídica. Esta classificação só pode ser adotada à luz da teoria constitutiva, que reconhece o poder criativo do precedente (*judge make Law*), já que, à luz da teoria declarativa ou ortodoxa, o Direito, numa situação conflituosa, preexiste à decisão judicial<sup>20</sup>.

Atualmente, prevalece a concepção, com a qual concordamos, de que a atividade jurisdicional é criativa. A teoria declarativa foi superada, primeiramente, nos sistemas que se filiam à tradição do *common law*<sup>21</sup>, sendo ultrapassada, posteriormente, nos sistemas afiliados ao *civil law*, em que se costumava afirmar que o juiz era a “boca da lei”. Não se aceita mais a ideia de o juiz exercer mera atividade de subsunção, revelando, de maneira casuística, o que “já estava dito” em abstrato pelo legislador. A teoria constitutiva ganhou força, sobretudo, com o advento do constitucionalismo, do controle jurisdicional de constitucionalidade e da adoção da técnica legislativa, cada vez mais comum, de estabelecer cláusulas gerais<sup>22-23</sup>.

---

18. Neste sentido: Tucci (2004, p. 170).

19. Assim: MacCormick (1966, p. 203).

20. Neste sentido: Souza (2008, p. 41-46).

21. Tratando do assunto na tradição do *common law*, em obra originalmente de 1765, William Blackstone (1979), por exemplo, defendia que a atividade jurisdicional era declarativa. McCormick (1966, p. 204) noticia que Bentham e Austin criticaram a teoria declaratória, afirmando que o juiz possui autoridade para criar o direito (*law-making authority*). Peter Wesley-Smith (1987, p. 74) explica que o direito é o produto da vontade judicial, não sendo descoberto pelo julgador, mas por ele criado. No original: “Law was the product of judicial will. It was not discovered but created”.

22. Neste sentido: Fredie Didier Junior (2010, p. 70-74) e Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 58-88).

23. Há diversos conceitos de cláusula geral, a exemplo daqueles trazidos por Cláudia Lima Marques (2002), por Judith Martins-Costa (1998) e por Rodrigo Mazzei (2006, p. 34). Em que pese não haja uma uniformidade conceitual, todas as concepções confluem para a circunstância de que esta maneira de legislar exige que o órgão jurisdicional dê concretude aos termos vagos ao interpretar o texto legal, na análise do caso concreto que lhe foi submetido. Esta atividade é verdadeiramente criativa e integradora do sistema, com a atribuição de consequências jurídicas à hipótese fática prevista de maneira vaga pelo legislador.

Os precedentes podem ser classificados, ainda, quanto ao seu caráter meramente persuasivo (*persuasive precedent*) ou vinculante (*binding precedent*)<sup>24</sup>.

Diz-se persuasivo o precedente cuja eficácia não obriga os juízes a aplicá-lo, ao examinarem caso análogo posterior. A sua *ratio decidendi* poderá, ou não, ser seguida, a depender do grau de convencimento do juiz, que estará relacionado com diversos fatores como a correção da proposição, a posição hierárquica do órgão que proferiu a decisão, o prestígio do juiz condutor da decisão, entre outros.

Já os vinculantes são os que devem ser seguidos em julgamentos posteriores, independentemente do convencimento do juiz quanto à sua correção. Cumprirá ao julgador verificar a pertinência de certo precedente ao caso concreto<sup>25</sup>, exercendo o *distinguishing* enquanto método. Constatando a similitude do conflito que lhe foi submetido com o precedente, deverá aplicar a *ratio decidendi* na fundamentação da sua decisão. Enquanto o persuasivo poderá ser observado em casos posteriores, o vinculante deverá obrigatoriamente ser seguido (desde que não haja razão para a aplicação dos institutos relacionados à distinção, a exemplo do *distinguishing*, nem superação, a exemplo do *overruling*). Considera-se ter sido proferida *per incuriam*, a decisão que ignora um precedente obrigatório.

Aqui, é oportuno anotar que os precedentes não possuem eficácia vinculante ou persuasiva por si próprios. Sua força decorre da atribuição que lhes é dada por cada sistema jurídico.

Os sistemas que atribuem força vinculante ao precedente são adeptos da teoria do *stare decisis*, na qual a tese examinada pelo órgão jurisdicional é absorvida pela sociedade como norma de conduta, não sendo razoável alterá-la posteriormente, sem que haja, por exemplo, a modificação de valores sociais ou peculiaridades de um caso concreto. Se isso ocorrer, poderá haver a superação do precedente ou o seu afastamento em um dado caso.

O *stare decisis* pressupõe um sistema de hierarquia funcional bem estruturado. Na medida em que as decisões das Cortes Superiores possuem autoridade vinculante com relação às instâncias inferiores, a clara compreensão das relações hierárquicas entre as instâncias é indispensável, a fim de que se saiba quais são as decisões obrigatórias para cada instância. Na Inglaterra, por exemplo, estando a *House of Lords* no topo da hierarquia, suas decisões obrigam todas as demais instâncias; já as decisões da *Court of Appeal* vinculam a *High Court of Justice*, mas não obrigam a *House of Lords* (SESMA, 1995, p. 38-43).

---

24. Ao lado dos precedentes persuasivos e vinculantes, Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2009, p. 390) ainda identificam uma terceira espécie de precedente judicial em razão do seu efeito, denominando de obstativo de recurso, que seria um “desdobramento do efeito vinculante de certos precedentes”. Cuida-se de hipóteses em que o magistrado poderá negar seguimento a determinado recurso interposto com base em decisões precedentes.

25. Neste sentido: Didier Junior, Braga e Oliveira (2009, p. 389).

Destacamos que não existe uma correspondência estrita entre os sistemas adeptos da tradição do *common law* com a eficácia vinculante dos precedentes<sup>26</sup>, nem dos que se afiliam ao *civil law* com a sua eficácia persuasiva. Na realidade, cada um dos sistemas jurídicos é que opta por atribuir determinada eficácia aos precedentes, podendo, inclusive, modulá-la ou fazê-lo em situações específicas.

Esclareçamos.

Primeiramente, deve-se distinguir os conceitos de sistema jurídico e de tradição jurídica. Um sistema jurídico pode ser definido como o conjunto de preceitos legais, processos e normas vigentes em determinado Estado soberano ou Organização internacional de tais Estados<sup>27</sup>. Por sua vez, a tradição jurídica consiste num aspecto cultural ligado ao ordenamento jurídico. Trata-se de “um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização política, sobre a forma adequada da organização e operação do sistema legal e, finalmente, sobre como o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado. A tradição jurídica coloca o sistema legal na perspectiva cultural da qual ele, em parte, é uma expressão” (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 23). Assim, pode haver diversos sistemas jurídicos (do Brasil, de Portugal, da França etc.), cada qual com sua autonomia e com suas diferenças procedimentais e institucionais, que, podem, ou não, estar ligados a uma mesma tradição jurídica.

A distinção fundamental entre as tradições do *civil* e do *common law* reside nos significados atribuídos à legislação e à função que o juiz exerce ao considerá-la. No *common law*, a lei não é criada com a pretensão de fechar os espaços para o juiz pensar. Portanto, os sistemas adeptos desta tradição não se preocupam em ter, na legislação, todas as regras capazes de solucionar os casos conflitivos. O *common law* não nega ao juiz o poder de interpretar a lei. Não há a concepção de que um Código pudesse eliminar a possibilidade de o juiz interpretá-la como se fosse “sua boca”, através de sua “aplicação mecânica”<sup>28</sup>.

Assim, não se pode afirmar que o *civil law* tem como característica a existência de um amplo acervo legislativo, contido em Códigos, e a lei como principal fonte do Direito; e que o *common law* seria oriundo de países com direito consuetudinário e escassa produção legal, conferindo aos juizes o poder de firmar precedentes que serão seguidos e respeitados. Muito menos se pode dizer que os precedentes persuasivos estão associados aos sistemas de *civil law*, ao passo que os vinculantes estão relacionados aos de *common law*.

26. Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 33-35) demonstra não existir tal correlação, afirmando, inclusive, que o *common law* nasceu “séculos antes de alguém se preocupar com tais questões [relativas à eficácia vinculante dos precedentes], ele funcionou muito bem como sistema de direito sem os fundamentos e conceitos próprios da teoria dos precedentes, como, por exemplo, o conceito de *ratio decidendi*”, e que o *stare decisis* somente se solidificou na Inglaterra ao final do século XIX (p. 32).

27. Eis o que explicam John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo (2009, p. 21): “Em um mundo organizado em estados soberanos e organizações de estados, há tantos sistemas jurídicos quantos forem os estados organizações internacionais”.

28. Conforme lição de Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 55-56).

É importante perceber que, embora autônomos entre si, os sistemas afiliados ao *civil law* e os que se alinham ao *common law* não estão isolados uns dos outros, inclusive porque os diversos Estados soberanos podem compartilhar aspectos históricos e culturais que lhes sejam comuns e/ou semelhantes. Neste panorama, os sistemas jurídicos vêm perdendo a característica de estarem afiliados, pura e simplesmente, a uma das aludidas tradições. Já que os diversos Estados soberanos desenvolvem uma relação de mútua influência entre si, a exemplo do controle de constitucionalidade (que existe em ambas as tradições), eles têm intercambiado características dos seus sistemas, uns com os outros. Assim, países cujos ordenamentos são marcadamente influenciados pela tradição do *civil law* vêm produzindo precedentes vinculantes, sobretudo em sede de jurisdição constitucional<sup>29</sup>.

A força vinculante está ligada, ainda, a outros fatores, como a posição hierárquica do órgão jurisdicional que cria o precedente. São assim considerados os proferidos pelo próprio órgão e os que emanam dos tribunais a ele superiores (denominados de precedentes verticais). Ao julgar um caso, o juiz estará adstrito às decisões anteriores que tenha proferido em casos semelhantes, bem como às exaradas pelo tribunal ao qual esteja subordinado. Por outro lado, em relação aos órgãos de mesma hierarquia, situados em uma mesma faixa horizontal (e por isso chamados de precedentes horizontais), os precedentes são meramente persuasivos, não sendo de observância obrigatória.

Por fim, os precedentes obrigatórios podem ser considerados pela sua autoridade. Trata-se de tarefa bastante complexa, por depender de uma série de peculiaridades e relações dialéticas, como (i) a relação entre a questão jurídica versada no precedente e no caso em julgamento; (ii) a relação hierárquica entre o tribunal que produziu o precedente e o tribunal do caso em julgamento; (iii) a circunstância de o precedente ser citado na própria Corte que o produziu ou em outra; (iv) o fato de o precedente apresentar ou não fundamentação suficiente; (v) o aspecto de o precedente encontrar-se em conflito com outro precedente da mesma Corte; (vi) o fato de a questão de direito não ter sido decidida pela maioria dos membros do órgão julgador, em virtude de os diversos juízes terem apresentado variadas razões, tendo a questão sido julgada por voto médio. Exatamente por força de tal complexidade, não há consenso doutrinário quanto à classificação por tal critério. Marcelo Alves de Souza (2008, p. 45-56) afirma que se pode cogitar a existência de precedentes relativamente obrigatórios, que podem ser afastados caso sejam claramente incorretos, e dos absolutamente obrigatórios, que devem ser seguidos ainda que sejam considerados incorretos ou irracionais. Sesma (1995, p. 37) percebe que um mesmo precedente pode ser persuasivo, relativamente obrigatório e absolutamente obrigatório, a depender da situação. Assim, prefere classificá-lo apenas em persuasivo e obrigatório.

É importante destacar que o precedente absolutamente obrigatório não encontra mais espaço nos diversos ordenamentos jurídicos, pois, ao menos, as Cortes Supremas têm o poder de revogar seus próprios precedentes, quando assim o exigir a evolução

---

29. Concordamos com o entendimento de Ataíde Júnior (2011, p. 63) neste sentido.

social ou a substancial mudança do cenário fático-normativo. Atualmente, nos países filiados à tradição do *common law*, a vinculação horizontal é apenas relativa (SOUZA, 2008, p. 149), pois se a Corte deve seguir seus próprios precedentes, também pode rejeitá-los, quando os mesmos se tornarem injustos ou inadequados em virtude da evolução da própria sociedade, da mudança dos valores vigentes, da substancial alteração no mundo dos fatos, por exemplo<sup>30</sup>.

#### 4. PRECEDENTE SOBRE QUESTÃO FÁTICA

De acordo com a perspectiva analisada até agora, a *ratio decidendi* versaria sobre as questões de direito conformadas aos fatos relevantes. Ela consistiria apenas num entendimento jurídico, não tratando de um ou alguns fatos específicos. Assim, o precedente consistiria na interpretação jurídica sobre um fato-padrão, considerado como um gênero. Nesta linha, a decisão acerca de uma questão fática (que define se e como um determinado acontecimento sucedeu) não poderia constituir-se num precedente, já que a decisão seria sempre única em relação ao(s) fato(s).

Sem refutar o que foi dito acerca dos precedentes que versam sobre questões de direito, o § 9º do art. 988 do Projeto do NCPC exige que estudemos os precedentes que tratam de certa matéria fática.

Há acontecimentos que são invocados como fundamento (causa de pedir) comum em diversas lides. Tomem-se os exemplos de um acidente aéreo, de um acidente ambiental ou do desabamento de um prédio. Ele aconteceu? Quando? Onde? Qual foi a sua causa? O fato pode ser idêntico em inúmeras demandas e a existência de uma decisão que o pacifique pode contribuir para a duração dos processos que o envolvem, reduzindo a dilação probatória em determinado caso ou chegando, até mesmo, a dispensar a produção da prova em certas circunstâncias, exatamente porque um órgão jurisdicional já verificou a ocorrência e os contornos do acontecimento. A sedimentação do entendimento acerca de uma *quaestio facti* comum a diversas causas também propicia a uniformização das soluções dos conflitos isomórficos<sup>31</sup> dos quais ele constitua o fundamento, garantindo a isonomia entre os sujeitos que experimentaram a mesma situação concreta ou que se encontram no mesmo contexto fático. Permite, ainda, prever como serão julgados os casos futuros que versem sobre o mesmo episódio, resguardando os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.

Estamos tratando, aqui, de um precedente que versa sobre um acontecimento específico e não sobre uma categoria de fatos (*material facts*). A distinção é importante. No precedente que trata de uma questão de direito, a *ratio decidendi* versa sobre uma tese jurídica que é assentada sobre uma categoria de fatos. Ilustremos com o enunciado 356 da súmula do STJ, cujo texto é o seguinte: “É legítima a cobrança de tarifa

30. Cappeletti (1993, p. 85) registra que, na Inglaterra, até o ano de 1966, a *House of Lords* encontrava-se vinculada aos seus próprios precedentes.

31. Tratamos do conceito de casos isomórficos e das situações jurídicas homogêneas no texto intitulado “Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa” (BASTOS, 2010).

básica pelo uso dos serviços de *telefonia fixa*". Ao firmar este entendimento, o Tribunal estabeleceu o seu posicionamento acerca de uma questão de direito. O que ele diz para os jurisdicionados e para os demais integrantes do Poder Judiciário é: "se tiver havido cobrança de tarifa básica num dado caso, ela está de acordo com o ordenamento jurídico". No entanto, ele não estabelece que tenha havido tal cobrança numa certa situação concreta. Mesmo que o referido precedente resulte da análise realizada à luz de litígios específicos, nos quais as companhias telefônicas tenham realizado a cobrança da tarifa básica, ele não versa sobre *um* fato (uma dada cobrança), mas sobre uma categoria deles (as cobranças da referida tarifa nos serviços de telefonia fixa, de uma maneira geral), orientando ou vinculando (conforme a eficácia que o sistema jurídico atribua ao precedente) as decisões de inúmeros conflitos que envolvam fatos que se amoldem àquele padrão, ou seja, fatos que sejam semelhantes aos que serviram de fundamento para a decisão pretérita. Examinemos, ainda, os enunciados 145 da súmula do STJ e 187 da súmula do STF. O primeiro diz que "no transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave". Já o segundo estabelece que "a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva". Em nenhuma deles, as Cortes Superiores tratam da ocorrência de certo acidente ou evento danoso, mas de qualquer acidente ou fato lesivo. O que os referidos precedentes têm em mira é somente a sedimentação do entendimento acerca da *quaestio iuris*. Vejamos mais um exemplo: depois de ter examinado diferentes lides que tratavam da responsabilidade de diferentes construtores pelos vícios da obra em distintas edificações, o STJ editou, em 1997, o enunciado 194 da sua súmula, cuja redação é a seguinte: "prescreve em vinte anos a ação para obter, do construtor, indenização por defeitos da obra". Ao sintetizar o seu entendimento, o Tribunal não tratou da ocorrência de uma determinada obra, mas das "obras em geral". Ele não afirmou quando se deu o início ou o término do prazo prescricional em relação à responsabilidade pelos defeitos em certa construção. A análise recaiu sobre a questão jurídica do prazo prescricional, que pode ser aplicado aos defeitos de qualquer edificação. Nesta espécie de precedente, firma-se o entendimento jurídico sobre um "fato-modelo". Esta interpretação, previamente sedimentada em um ou alguns casos pretéritos, será aplicada em cada nova lide que envolva circunstância concreta que se amolde à categoria fática. Será necessário verificar a ocorrência do fato concreto (nos nossos exemplos: a cobrança, o acidente ou o vício construtivo) em cada processo no qual ele seja invocado como fundamento.

Ao estabelecer que existem precedentes que versam sobre fatos, o § 9º do art. 988 projetado está se referindo à *ratio decidendi* que trata de um determinado acontecimento. Ilustrando com a hipótese de *certo* acidente aéreo, o precedente afirmaria, com precisão, se e como *aquela* acidente teria sucedido, qual teria sido a *sua* causa, definindo, enfim, os *seus* contornos. Ele não trataria da categoria "acidentes aéreos", mas de um acontecimento específico, a ser verificado através da produção de provas. Ao invés de enunciar um entendimento jurídico a ser aplicado em lides que envolvam acontecimentos semelhantes, a *ratio* sedimenta o posicionamento do órgão jurisdicio-

nal acerca da ocorrência de um episódio concreto, podendo ser aplicada aos casos que envolvam *aquele mesmo* acontecimento. Ela versa sobre uma *quaestio facti*.

Nesta espécie de precedente, firma-se o entendimento acerca da ocorrência de um fato específico, permitindo-se a aplicação de diversas interpretações jurídicas em cada nova lide que o envolva. Ainda no exemplo de um determinado acidente aéreo, é possível aplicar o precedente à ação em que o familiar de uma das vítimas *daquele* evento postule, contra o transportador, indenização por dano moral em decorrência do falecimento do passageiro (perda de um ente querido). Ele também poderá ser utilizado na causa que versa sobre a indenização pelos danos materiais decorrentes do transporte da carga perdida, que havia sido embarcada *naquele* voo. Também será proveitoso para a solução do litígio entre a companhia aérea e a seguradora por ela contratada ou entre o beneficiário do seguro de vida contratado por um dos passageiros do voo acidentado e a respectiva seguradora, tendo por objeto o pagamento do valor constante na respectiva apólice. Será útil, ainda, na demanda movida pelos sucessores de um dos integrantes da tripulação que trabalhava *no* voo, visando à certificação de direitos trabalhistas que eventualmente surjam em razão *daquele* acidente.

No exemplo do vício na construção civil, o Poder Judiciário pode se deparar com um ou alguns casos em que seja alegada a ocorrência do desabamento de um determinado prédio, no qual funcionava um condomínio edilício. Assim, poderá colher provas e firmar o entendimento acerca do efetivo acontecimento da destruição *daquela* edificação e do(s) motivo(s) que a provocou. A fixação deste fato específico poderá contribuir para a solução de inúmeras lides que envolvam diferentes pedidos e fundamentos jurídicos, como o dever de indenizar decorrente da responsabilidade pelo falecimento de um visitante que estava no prédio no momento do desabamento ou o dever de indenizar decorrente da responsabilidade pela perda do próprio imóvel e/ou dos bens móveis de um dos então condôminos.

Como visto, uma vez firmado o entendimento judicial acerca do fato específico, ele poderá ser utilizado em casos futuros, seja à luz dos mesmos ou de diferentes fundamentos jurídicos e pedidos. Aqui, haverá identidade de causa de pedir sobre a *quaestio facti*. Tratar-se-ão de situações homogêneas em relação à base fática dos casos, não necessariamente no que diz respeito às questões jurídicas neles veiculadas.

Essa homogeneidade já é suficiente para que o precedente seja relevante para o processamento e para o julgamento dos casos que lhe são isomórficos quanto ao mesmo fato.

O estabelecimento de um precedente sobre determinado acontecimento pode ser aplicado tanto nos litígios que versem sobre direitos individuais, como nos que tratem de direitos transindividuais. No exemplo do acidente aéreo, o deslinde sobre a ocorrência *daquele* fato poderá ou deverá (conforme o sistema jurídico lhe atribua eficácia persuasiva ou vinculante) ser aplicado às ações indenizatórias movidas por cada um dos passageiros ou pelos sucessores das vítimas que estavam naquele voo, como também pode ser aplicado à ação movida pelo Ministério Público ou por uma

associação (“associação dos parentes das vítimas do voo tal”), postulando os supostos direitos individuais homogêneos e/ou coletivo *stricto sensu* à indenização pelos danos decorrentes do acidente.

O mesmo se pode dizer em relação ao exemplo do desabamento do prédio onde funcionava um condomínio edilício, em que o precedente poderá ou deverá ser aplicado às demandas individuais propostas por cada um dos moradores, dos visitantes ou dos seus sucessores, como também poderá incidir nas ações coletivas porventura intentadas pelo Ministério Público ou pela eventual associação constituída pelos antigos condôminos.

## 5. CONCLUSÃO

Ao lado dos precedentes que versam sobre matérias de direito, o § 9º do art.988 projetado na Câmara estabelece a possibilidade de fixação de precedentes que tratam de certa questão fática, visando a delimitar se e como aconteceu um determinado episódio concreto.

A sua *ratio decidendi* versa sobre um acontecimento específico e não sobre uma categoria de fatos (*material facts*), como acontece nos precedentes que tratam de uma *quaestio iuris*. Ao invés de enunciar um entendimento jurídico a ser aplicado em lides que envolvam acontecimentos semelhantes, a *ratio* sedimenta o posicionamento do órgão jurisdicional acerca da ocorrência de um episódio concreto, podendo ser aplicada aos casos que envolvam *aquele mesmo* acontecimento.

Há acontecimentos que são invocados como fundamento (causa de pedir) comum em diversas lides. A existência de uma decisão que pacifique um fato que é idêntico em inúmeras demandas pode contribuir para (a) a duração dos processos que o envolvem, reduzindo ou, até mesmo, provocando a dispensa da dilação probatória em certas circunstâncias; (b) a uniformização das soluções dos conflitos isomórficos dos quais o fato constitua fundamento, garantindo a isonomia entre os sujeitos que experimentaram a mesma situação concreta; e (c) a previsibilidade dos julgamentos dos casos futuros que versem sobre o mesmo episódio, resguardando os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.

Nesta espécie de precedente, firma-se o entendimento acerca da ocorrência de um fato específico, permitindo-se a aplicação de diversas interpretações jurídicas em cada nova lide que o envolva. Aqui, haverá identidade de causa de pedir sobre a *quaestio facti*. Tratar-se-ão de situações homogêneas em relação à base fática dos casos, não necessariamente no que diz respeito às questões jurídicas neles veiculadas.

Essa homogeneidade já é suficiente para que o precedente seja relevante para o processamento e para o julgamento dos casos que lhe são isomórficos quanto ao mesmo evento concreto.

Além disso, o estabelecimento de um precedente sobre determinado acontecimento pode ser aplicado tanto nos litígios que versem sobre direitos individuais, como nos que tratem de interesses transindividuais, desde que lastreados sobre aquele mesmo fato.

## REFERÊNCIAS

- ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *O precedente vinculante e sua eficácia temporal no sistema processual brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Recife: Universidade Católica de Pernambuco, 2011.
- BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa*. In: Revista de Processo. Ano 35, nº 186. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2010. p. 87-108.
- \_\_\_\_\_. *A potencialidade de gerar relevante multiplicação de processos como requisito do incidente de resolução de causas repetitivas no projeto do novo CPC*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; MOUTA, José Henrique; KLIPPEL, Rodrigo. *O projeto do novo Código de Processo Civil – estudos em homenagem ao Professor José de Albuquerque Rocha*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 21-40.
- \_\_\_\_\_. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*. Tese de Doutorado. Salvador: Universidade Federal da Bahia, Programa de Pós Graduação em Direito, Faculdade de Direito, 2012.
- BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. 6. ed. St. Paul: West Publishing, 1990.
- BLACKSTONE, William. *Commentaries on the law of England*. Vol. 01. Chicago: The University of Chicago Press, 1979.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.
- CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. 2. ed. Oxford: [s.n.], 1968.
- \_\_\_\_\_; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 1991.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil – teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol. 01. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.
- \_\_\_\_\_; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil – teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Vol. 02. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Vol. 02. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.
- \_\_\_\_\_; MOUTA, José Henrique; KLIPPEL, Rodrigo. *O projeto do novo Código de Processo Civil – estudos em homenagem ao Professor José de Albuquerque Rocha*. Salvador: JusPodivm, 2011.
- GOODHART, Arthur L. *The ratio decidendi of a case*. In: JACKSON, Robert H. Foreword. *Jurisprudence in Action: a pleader's anthology*. New York: Baker & Co. Inc., 1953. p. 189-222.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. José Lamego (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LLEWELLYN, Karl nº *The common law tradition*. Boston-Toronto: Little, Brown and Company, 1960.
- MacCORMICK, Neil. *Can stare decisis be abolished?*, Judicial Review, 1966.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação?* In: Revista de Direito do Consumidor. nº 43. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 228-232.
- MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito Privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro*. In: Revista de Informação Legislativa. nº 139. Brasília: Senado, 1998.
- MAZZEI, Rodrigo. *O Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: JusPodivm, 2006.

- MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Cássio Casagrande (trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009.
- MONTROSE, James Louis. *Precedent in English law and other essays*. Shannon-Ireland: Irish University Press, 1968.
- MORGAN, Edmund M. *Introduction to the study of Law*. Chicago-New York: Callagan, 1948.
- OLIPHANT, Herman. *A return do stare decisis*. In: American Bar Association Journal. nº 14, 1928. p. 71-77.
- SESMA, Victoria Iturralde. *El precedente en el common law*. Madrid: Civitas, S. A., 1995.
- SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. 1. ed. 3. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas, vaguezas e ambiguidades: necessitamos de uma “teoria geral dos precedentes”?* In: Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça. nº 05. Porto Alegre: HS Editora, out-dez./2008.
- TARANTO, Caio Márcio Guterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases*. 2. ed. Boston: [s.n.], 1894.
- WESLEY-SMITH, Peter. *Theories of adjudication and the status of stare decisis*. In: Precedent in Law. Oxford: Clarendon Press, 1987.

# A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E A GESTÃO DO TEMPO NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

ANTONIO DO PASSO CABRAL<sup>1</sup>

## 1. A BUSCA POR CELERIDADE NO PROCESSO. O “DANO MARGINAL” AOS LITIGANTES

É evidente a alteração dos referenciais temporais nas comunidades humanas a partir do fim do século XX. Desde então, percebeu-se que a sociedade caminha em ritmo muito mais acelerado do que aquele observado até meados do século passado. E, nesse cenário, as relações jurídicas constituem-se e se modificam com velocidade não acompanhada pelos procedimentos estatais que as pretendem conformar. O instantâneo, o presente, o urgente, tornaram-se a normalidade de uma “vida em *videoclip*”.

A rapidez das mudanças no direito material e o dinamismo da vida contemporânea não tardaram a apresentar um novo problema ao Estado: a sociedade passou a exigir urgência na resposta estatal, o que evidentemente viria a transbordar no processo, pois muitos dos seus mecanismos para a solução de controvérsias ainda possuem formato milenar, em descompasso com as necessidades de provimentos céleres e respostas imediatas.<sup>2</sup> Por outro lado, as instituições ligadas a estes palcos de discussão encontram-se desaparelhadas, apresentando grande deficiência de recursos materiais, o que as impede de prover em tempo adequado.

Esta procura por soluções mais expeditas começou no início do século XX com o desenvolvimento de um amplo rol de espécies de tutela de urgência, assecuratórias ou satisfativas (cautelar, antecipada, inibitória). Todavia, provimentos de urgência, ainda que, em muitas hipóteses, dotados de executividade, são decisões baseadas em cognição sumária, sem tenderem à definitividade (são precárias, revogáveis), e tomadas em juízo

- 
1. Professor Adjunto de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Direito Processual pela UERJ e pela Universidade de Munique, Alemanha (Ludwig-Maximilians-Universität). Mestre em Direito Público pela UERJ. Pós-doutorando pela Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne). Membro da International Association of Procedural Law, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da Associação Teuto-Brasileira de Juristas (Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung) e da Wissenschaftliche Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht. Procurador da República no Rio de Janeiro.
  2. LOPES JR. Aury. “A (de)mora jurisdicional e o direito de ser julgado em um prazo razoável no Processo Penal”, in *Boletim do IBCCrim*, Ano 13, n.152, julho de 2005, p.4.

de probabilidade (*fumus boni juris*, verossimilhança, etc.). Assim, enquanto o processo não é decidido em termos definitivos, as partes continuam com suas vidas dominadas por um estado de incerteza pernicioso, que as impede de programarem suas atividades, projetando os efeitos que a derrota ou vitória na lide proporcionaria, algo que nem mesmo pela previsão das tutelas de urgência é solucionado.

Então, a realidade procedimental e estrutural dos órgãos estatais de processamento e julgamento despertou, no final do século XX, profundo debate sobre o papel do Estado na resolução de conflitos. E esta constatação fez necessária uma maior reflexão sobre o trâmite adequado dos procedimentos estatais, que deveria estar amoldado à premência de tempo que a sociedade exige, sob pena de transformar todos estes procedimentos em instrumentos inócuos, cuja manutenção, até mesmo financeira, pudesse ser contestada. Ademais, cabe destacar, este não é um privilégio do processo civil: algo similar pode ser observado também nos processos penal e administrativo. Nas últimas décadas, a preocupação por celeridade foi fomentada ainda pelo movimento em busca da efetividade do processo, na certeza de que uma prestação jurisdicional tardia seria uma outra forma de injustiça.

Em verdade, a demora na solução do litígio impõe a todos os litigantes um prejuízo: autor e réu perdem simultaneamente em razão do prolongamento injustificado da lide. Trata-se de um dano que não decorre da derrota em relação à pretensão deduzida, mas um “dano marginal”, na feliz expressão que foi popularizada na doutrina italiana por Enrico Finzi.<sup>3</sup> O dano marginal é aquele que sofrem os litigantes em razão de deficiências na tramitação dos processos, e esta demora afeta a ambos, autor e réu, vencedor e vencido. Claro que, como nota a doutrina, muitas vezes a dilação excessiva do processo interessa a uma das partes;<sup>4</sup> e é certo que o efeito deletério da demora no processo é muito maior para o vencedor (aquele que tem razão e, ao final, é proclamado como sendo titular do direito até então meramente afirmado) do que para o vencido. No entanto, também este é atingido pela demora injustificada.

De fato, ao dormir pelo Judiciário, a falta de solução torna-se uma “pendência” de vida, gerando incerteza sobre como aquela relação jurídica controversa será desenhada e definida judicialmente, quais os contornos da responsabilidade das partes a respeito, a repercussão patrimonial ou pessoal que uma solução futura terá, dentre outras considerações que podem influenciar decisões de vida sobre mudança de domicílio, fazer uma viagem, comprar um imóvel, pagar uma dívida, etc. Como dizia Carnelutti, se a lide é uma doença social, tem que ser curada rapidamente. “Quanto menos dura a doença, mais é vantajoso para a sociedade”.<sup>5</sup>

3. FINZI, Enrico. “*Questioni controverse in tema di esecuzione provvisoria*”, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 3, parte I, 1926, p.50 ss.

4. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A efetividade do processo de conhecimento”, in *Revista de Processo*, ano 19, n.74, abr-jun, 1994, p.130.

5. CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, vol.2, 1930, p.356.

Por conseguinte, cabe verificar com que meios o processo pode reduzir, neutralizar ou compensar este dano marginal.

## 2. O DIREITO A UM PROCESSO SEM DILAÇÕES INDEVIDAS NO DIREITO INTERNACIONAL E SUA PREVISÃO NO DIREITO COMPARADO

A ideia da “duração razoável do processo” já estava prevista em vários tratados internacionais de direitos humanos, tais como o Pacto de São José da Costa Rica (arts.7.5 e 8.1)<sup>6</sup>, a Convenção Europeia de Direitos Humanos (arts.6º, 1)<sup>7</sup>, e já vinha sido objeto de atenção detida da doutrina por muitos anos.

E o mesmo se observa no direito comparado. No direito norte-americano, a 6ª Emenda à Constituição traduz o que a doutrina denomina de *speedy trial clause*, a assegurar um julgamento rápido a todos os litigantes.<sup>8</sup>

No direito lusitano, muitas são as disposições legais a respeito. Sem embargo, a Constituição de Portugal, no art.20, números 4 e 5, consagra o cerne do direito a uma tutela jurisdicional efetiva, e afirma que todos têm direito a uma decisão em prazo razoável. Neste sentido, todos os procedimentos judiciais devem ser caracterizados pela celeridade, para que a tutela aos direitos seja efetiva e “em tempo útil”.<sup>9</sup> Também o

- 
6. “Art.7º (...) 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. 6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis prevêem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa”. Já o art.8º, em seu número 1, afirma: “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.
  7. Artigo 6º, 1. “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça”.
  8. Diz a emenda: “*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense*”.
  9. Dizem os números 4 e 5 do art.20: “4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. 5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos”.

Código de Processo Civil português posiciona como componente do acesso à justiça o direito à proteção jurídica através dos Tribunais, uma garantia que exige que a decisão seja proferida em prazo razoável.<sup>10</sup>

Também a Constituição espanhola, em seu art.24, dispõe que a todos é assegurado um processo “sem dilações indevidas”.<sup>11</sup> No mesmo sentido é o art.17 da Constituição mexicana, que declara a necessária observância dos prazos legais, determinando que a resolução dos litígios seja rápida (“pronta”).<sup>12</sup>

Na Alemanha, a Corte Constitucional já decidiu que o término do litígio em prazo razoável é componente do direito a uma tutela jurisdicional efetiva, decorrente do § 19.4 da *Grundgesetz*,<sup>13</sup> no que veio acompanhada da doutrina, que há muito já examinava o tema.<sup>14</sup>

Nos *Principles of Transnational Civil Procedure*, elaborados pela UNIDROIT e pelo *American Law Institute*, a duração do processo em prazo razoável foi consagrada no princípio de número 7.1.<sup>15</sup>

Mas a positivação do princípio, no Brasil, que veremos no item seguinte, certamente foi influenciada pelas alterações sofridas pela Constituição italiana em 2001, cujo art.111, cerne das garantias processuais individuais, passou a afirmar que há um direito para os litigantes, decorrente do *giusto processo* (o devido processo legal), à sua *durata ragionevole*.<sup>16</sup>

Isto ocorreu porque o Estado italiano estava sendo constantemente condenado pela Corte Europeia de Direitos Humanos pela demora em seus processos, prolongamento indevido que causava prejuízos aos litigantes, que, insatisfeitos, levavam suas reclamações às instâncias supranacionais.<sup>17</sup> Aliás, o Judiciário italiano é sabidamente

- 
10. “Art. 2.º (Garantia de acesso aos tribunais) 1. A protecção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar”.
  11. “Art.24 (...) 2.Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales. (...)”
  12. “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.”
  13. WALTER, Gehard. “I diritti fondamentali nel processo civile tedesco”, in Rivista di Diritto Processuale, Anno LVI, n.3, julho-setembro, 2001, p.740. Diz o dispositivo: “**Artikel 19 (4)** Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Artikel 10 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt”.
  14. HENKE, Horst-Eberhard. “Judicia perpetua oder: Warum Prozesse so Lange dauern”, in Zeitschrift für Zivilprozess, n.83, p.125 ss; AMBOS, Kai. “Verfahrensverkürzung zwischen Prozessökonomie und ‘fair trial’”, in Jura, n.6, 1998; KLOEPFER, Michael. “Verfahrensdauer und Verfassungsrecht”, in Juristische Zeitung, 1979;
  15. “7.1. The court should resolve the dispute within a reasonable time”.
  16. “Art. 111. La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata”.
  17. Cf. CARPI, Federico. “A responsabilidade do juiz”, in Revista Forense, ano 91, vol. 329, jan-mar, 1995, p.71.

caótico e desorganizado, e o legislador constituinte peninsular, pressionado para resolver o problema, constitucionalizou o preceito, talvez apenas simbolicamente, sem que, na prática, tenham sido observados avanços significativos no trâmite dos processos.<sup>18</sup>

Em suma, no plano internacional e no direito comparado, é notória a preocupação em enunciar o direito a um processo sem dilatações indevidas. E essa experiência influenciou o legislador brasileiro.

## 5. O DIREITO BRASILEIRO. DAS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS À CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO. A NECESSIDADE DE EQUILIBRAR RAPIDEZ NA PRESTAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PARTES

Não é nova em nosso sistema constitucional uma norma garantindo rapidez de tramitação nos procedimentos estatais. A Constituição de 1934 mencionava, no art.113, n.35, que “a lei assegurará o rápido andamento dos processos nas repartições públicas”, dispositivo reproduzido na carta de 1946 no art.141 § 6º: “a lei assegurará: I – o rápido andamento dos processos nas repartições públicas (...)”. Curiosamente, o texto não se manteve nas Constituições posteriores, embora a doutrina processual tenha chegado a defender que duração do processo em prazo razoável pudesse ser extraída da Constituição de 1988.<sup>19</sup>

Já recentemente, a reboque dos diplomas internacionais e do direito comparado, e certamente pela influência das reformas no direito italiano, o anseio por uma jurisdição justa e célere encontrou eco na Emenda Constitucional n.45 de 2004 (a chamada “Reforma do Judiciário”), e implicou na inserção do inciso LXXVIII ao art.5º da Constituição da República de 1988.<sup>20</sup> O dispositivo elevou ao *status* constitucional o princípio da duração razoável do processo, assim dispondo: “aos litigantes em processo judicial ou administrativo é assegurada a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

E a mesma tendência está sendo seguida no Projeto de Novo Código de Processo Civil, após a aprovação na Câmara dos Deputados do Relatório do Dep.Paulo Teixeira.

18. HOFFMAN, Paulo, “O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana”, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et alii* (Coords.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n.45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.574. Posteriormente, ainda na Itália, veio a lume a *Legge Pinto*, aprovada em 24 março de 2001, publicada em 03 de abril de 2001, apelidada com o patronímico de um dos senadores que subscreveram o projeto posteriormente convertido em lei. Dentre várias disposições, esta lei alterou o art.375 do *Codice* italiano (o qual, com as diferenças de sistema, pode ser comparado ao art.557 do CPC brasileiro), como forma de desafogar as instâncias recursais. Sobre a *Legge Pinto*, Cf.MARTINO, Roberto. “*Sul diritto all'equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo (legge 24 marzo 2001, n.89)*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, 4, 2001, p.1068 ss.

19. MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. “Garantias fundamentais da nova Constituição”, in *Revista de Direito Administrativo*, n.184, abr-jun, 1991, p.104.

20. CARVALHO, Fabiano. “EC n.45: reafirmação da garantia da duração razoável do processo”, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et alii* (Coords.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n.45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.215 ss.

O Projeto prevê importante cláusula geral da duração razoável do processo logo na parte principiológica do Código. De fato, o art.4º afirma que “as partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. Posteriormente, ao estabelecer os deveres do juiz, o art.139 do Projeto dispõe que o magistrado deve velar pela duração razoável do processo (inciso II).

A questão primeira e mais importante que se põe sobre o novel princípio diz respeito à própria função do processo e sua forma de se desenvolver. Cabe a indagação: os procedimentos estatais de solução de controvérsias devem ser decididos imediatamente? O processo é feito para ser rápido e não demorar? Algum procedimento de julgamento imediato consegue respeitar direitos fundamentais igualmente basilares, como a ampla defesa, contraditório e o devido processo legal? Para todas as indagações pensamos ser negativa a resposta.

A afirmação que se segue não pretende chocar ou causar qualquer tipo de polêmica; é antes, uma constatação: o processo é feito para demorar! Isso porque, para julgar adequadamente, o julgador seja ele juiz ou autoridade administrativa deve-se debruçar com cuidado sobre as questões postas para sua cognição. Além disso, o contato constante e reiterado com as partes é também essencial para o amadurecimento do processo decisório. O juiz deve, literalmente, “dormir” o conflito, ler as alegações iniciais naquele primeiro momento da fase postulatória, reunir-se com as partes em audiência, acompanhar a produção de prova, considerar suas alegações, para somente então, com sobriedade e reflexão detida, prolatar sua decisão.<sup>21</sup>

O procedimento tem um valor em si, não apenas por possibilitar a participação e informar a tomada de decisão, algo fundamental no Estado de Direito contemporâneo, mas também por atuar e proteger uma série de relevantes princípios constitucionais, dentre eles o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Por exemplo, o devido processo legal exige o respeito ao encadeamento de atos processuais previsto em lei, uma garantia sem tamanho dos indivíduos de que todos devem saber aprioristicamente, caso sejam processados para supressão de sua liberdade ou seus bens, que o procedimento a ser seguido será aquele estabelecido na norma, e não outro escolhido ao talante do julgador do momento; que o litigante disporá de tais e quais e meios de prova, ou que o prazo para recorrer será daqueles exatos dias segundo o fixado na legislação, e não um prazo menor, definido caso a caso.

Por outro lado, a garantia do contraditório, no sentido de que os sujeitos envolvidos no processo devem ter faculdades e poderes que lhes assegurem a ampla e efetiva possibilidade de influenciar, condicionar a decisão estatal que será tomada,<sup>22</sup> impõe ao

21. Especialmente os processos sancionador e disciplinar (p.ex., improbidade administrativa) procuram também evitar juízos imediatos, “sob o calor da emoção”, dados os interesses em jogo, mais sensíveis que as relações puramente patrimoniais. Cf. LOPES JR. Aury. *Op.cit.*, *loc.cit.* Lembremos que foi abolido o “princípio da verdade sabida” no processo administrativo disciplinar brasileiro.

22. CABRAL, Antonio do Passo. *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. Rivista di Diritto Processuale*, Anno LX, Nº2, aprile-giugno, 2005, *passim*; *Idem*, *Nulidades no processo moderno: contraditório, influência e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª Ed., 2010, especialmente capítulos III e V. Na doutrina brasileira, destaca-se o trabalho de NUNES, Dierle José Coelho. “O princípio

processo uma marcha relativamente lenta, na precisa medida necessária para conferir dialeticidade ao processo.

Por fim, impende lembrar que a ampla defesa constitui cláusula constitucional que garante o uso de instrumentos e mecanismos processuais para que demonstrem os envolvidos o acerto de seus argumentos e a procedência de suas teses, bem assim a produção de provas. Nesse cenário, a ampla defesa exige o respeito dos órgãos julgadores às opções estratégicas dos sujeitos processuais, desde que não firam a boa-fé. Esse respeito gera uma deferência natural ao prolongamento processual que não pode ser evitada totalmente, salvo pelo indeferimento de requerimentos impertinentes ou desnecessários e pela sanção aos atos de má-fé processual.

Além destes e outros princípios processuais, deve ser lembrado que a busca pela efetividade do processo não equivale a afirmar que processo efetivo é processo rápido. O valor celeridade em si próprio, negligenciando a qualidade da prestação jurisdicional, o produto final do trabalho de julgamento, significa uma visão distorcida da efetividade com a qual o direito processual contemporâneo, preocupado com resultados, não pode compactuar.<sup>23</sup>

Em todo este cenário, queremos destacar que a demora é algo natural ao processo, cujo procedimento é pleno de garantias processuais inafastáveis, previstas na Constituição da República em benefício de todos. E a rapidez exacerbada em terminar os processos de qualquer maneira pode gerar um déficit não apenas de garantias, mas também na qualidade da prestação jurisdicional.<sup>24</sup> Portanto, não se pode acelerar simplesmente o processo sob pena de forçar sua conclusão inadequadamente.<sup>25</sup> Por isso, já afirmamos que a tramitação do processo não pode e não deve ser supersônica.<sup>26</sup>

Um processo apressado, que, a pretexto de servir à celeridade, termine por violar outros direitos fundamentais (ou reduzir a precisão e correção da sentença) será tão ou mais deletério que um processo moroso. Deve-se salientar que o processo possui um tempo insuperável, necessário para o respeito às garantias e para a prestação de tutela jurisdicional adequada e de qualidade. E desse intervalo temporal não podemos prescindir.

Por outro lado, se o processo é feito para demorar, é também inaceitável seu prolongamento indefinido e injustificado, para além do ponto exato que seja necessário para assegurar esses outros direitos fundamentais e permitir exame detido pelo julgador.<sup>27</sup> Não se pode, a pretexto de uma superproteção dos direitos, permitir o que

---

do contraditório: uma garantia de influência e não surpresa”, in Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Jordão (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 152 ss.

23. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Efetividade e processo de conhecimento”, in *Revista Forense*, ano 95, vol.348, out-dez, 1999, p.68-69.
24. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A efetividade do processo de conhecimento”, *Op.cit.*, p.128.
25. HOFFMAN, Paulo, “O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana”, *Op.cit.*, p.577.
26. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, influência e validade prima facie dos atos processuais*. *Op.cit.*, p.266.
27. OLIVEIRA, Fabio Cesar dos Santos. “O art.515 § 3º do CPC e o combate à dilação processual indevida”, in *Revista de Processo*, ano 29, n.115, mai-jun, 2004, p.133-134.

Giuseppe Tarzia chama de “sono do processo”.<sup>28</sup> Faz-se necessário um equilíbrio, até porque a litigância pode ser, pela demora na sua solução, uma sanção em si mesma.<sup>29</sup>

Neste sentido, foi feliz a expressão adotada pelo legislador constituinte derivado brasileiro, na esteira do que já se observava no plano do direito comparado e parece que será mantida no Projeto de novo CPC. A duração “razoável” do processo é aquela em que, atendidos os direitos fundamentais, permita uma tratativa da pretensão e da defesa em tempo adequado, sem descuidar da qualidade e sem que as formas do processo representem um fator de prolongamento imotivado do estado de incerteza que a litispendência impõe às partes.

A procura por esse equilíbrio deve ser fruto de trabalho colaborativo, no contexto do ambiente de cooperação que deve ser o processo. Portanto, temos que não pode haver atribuição recíproca de culpas pela demora entre os sujeitos que participam da litigância. Judiciário, Ministério Público, advogados, partes, etc., todos devem procurar otimizar o tempo em que interferem no processo. Se cada um fizer sua parte e cobrar o cumprimento dos prazos pelos demais, certamente o processo terá fim em tempo adequado.<sup>30</sup>

E neste sentido são as previsões do Projeto de novo CPC. Com efeito, o art.8º do Projeto reza que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Posteriormente, no art.234, dispõe que os advogados públicos ou privados, o defensor público e o membro do Ministério Público devem restituir os autos no prazo do ato a ser praticado, sendo permitido a qualquer interessado cobrar a devolução dos autos ao sujeito que exceder ao prazo legal. São previstas ainda representações disciplinares quando a retenção indevida dos autos for atribuída a autoridade pública, inclusive o juiz.

## **4. DOS MECANISMOS PARA A EFETIVAÇÃO E CUMPRIMENTO DO PRECEITO. DA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO ÀS REGRAS PREVISTAS NO PROJETO DE NOVO CPC**

### **4.1. Previsões gerais: indeferimento de requerimentos protelatórios e fixação de prazos razoáveis para os litigantes**

Mecanismos mais gerais de atuação do princípio da duração razoável do processo, e que de certa maneira seriam autoevidentes, estão sendo previstos expressamente no Projeto de novo CPC.

---

28. TARZIA, Giuseppe. “*L’art.111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LVI, n.1, janeiro-março de 2001, p.18.

29. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo. Uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT, 1997, p. 27-28.

30. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, influência e validade prima facie dos atos processuais*. *Op.cit.*, p.264; TARZIA, Giuseppe. “*L’art.111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*”, *Op.cit.*, p.21-22.

Por exemplo, vários dispositivos dispõem que o juiz poderá fixar prazos “razoáveis” (p.ex. arts.551, 565, 788, III, etc) às vezes prazos mais dilargados para a prática de atos processuais pelos litigantes, adequando-os às necessidades do conflito (tomando em conta a complexidade do ato, confira-se o art.218 § 1º) ou tomará decisões acerca do processamento de incidentes levando em consideração o princípio da duração razoável do processo (confira-se, sem pretensão de exaurir os inúmeros exemplos, o art.700, referente à oposição).

Por outro lado, ao estabelecer os deveres do juiz, o art. art.139 do Projeto dispõe que o magistrado deve velar pela duração razoável e indeferir postulações meramente protelatórias (incisos II e III), o que justifica um juízo de inadmissibilidade a respeito de requerimentos (atos postulatórios em geral) que se demonstrem violadores da adequada tramitação do processo.

#### **4.2. Pretensão mandamental para que o julgamento ocorra em prazo a ser fixado pela instância superior. A insuficiência da ultrapassada distinção dos prazos em próprios e impróprios**

A ofensa à duração razoável do processo, com a causação de um processo indevidamente demorado, cria para as partes e todos os interessados uma pretensão autônoma, diversa daquela discutida no processo judicial ou administrativo, que pode ser exercitada com o fim de demandar uma decisão imediata para os processos que se arrastam indefinidamente.

Isto é, o prejudicado pode manejar, judicialmente, mecanismos processuais para pretender decisão mandamental (*habeas corpus*, mandado de segurança) que expeça uma ordem à autoridade em mora para que profira a decisão esperada, fixando-lhe prazo para prolação da decisão. Essa pretensão pode ser exercida tanto no que tange ao processo administrativo, quanto no que diz respeito ao processo judicial.

Sobre este ponto, duas são as indagações principais. De um lado, se autoridades estatais (especialmente as jurisdicionais) estão sujeitas à fixação de prazos rígidos para decidir. Por outro lado, qual seria este prazo. Vejamos.

A jurisprudência já tem se inclinado pela possibilidade de que o Judiciário fixe prazos para que as autoridades julgadoras decidam processos excessivamente demorados, e isso tem sido a tendência especialmente nos processos penal e administrativo.<sup>31</sup> E pensamos que o mesmo deve ser aplicado para o processo civil.

Em nosso sentir, já afirmamos que não pode haver mais condescendência interpretativa em relação aos órgãos judiciais por conta da ultrapassada conceituação dos prazos

---

31. As decisões são mais abundantes em *habeas corpus*, mas começa a aumentar a quantidade de mandados de segurança concedidos por este motivo. Confirmam-se as decisões do Superior Tribunal de Justiça MS 13728-DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j.23.11.2011; MS 13584-DF, Rel. Min. Jorge Mussi, j.13.05.2009; MS 13545-DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j.29.10.2008; MS 13349-DF, Rel. Min. Felix Fischer, j.28.05.2008.

direcionados ao juiz como prazos impróprios, desprovidos de qualquer consequência.<sup>32</sup> A tese de que a inobservância dos prazos impróprios não gera efeitos para o órgão jurisdicional é reflexo de uma visão autoritária do Estado, típica do absolutismo, onde o monarca, de origem divina, era o senhor da lei e não se submetia à força normativa do ordenamento jurídico. O Estado de Direito é aquele que elabora as leis mas a elas é vinculado (*rule of law*), sendo de afastar-se qualquer diferença de tratamento do juiz e das partes na disciplina da observância dos prazos.

A distinção de prazos próprios e impróprios somente pode ser admitida hoje em dia para afirmar que aqueles, mas não estes, geram preclusão temporal. A classificação não pode, no entanto, ser invocada para excluir a responsabilidade dos magistrados na condução do processo ou lhes impedir de, na inobservância do mandamento constitucional, estar sujeitos à repressão dessa ilegalidade pelas instâncias superiores.

Temos que a moderna concepção dos prazos admite sim que haja consequências jurídicas do descumprimento da duração razoável do processo por parte do julgador. Se, por um lado, como ocorre com as partes, entende-se que não existe preclusão temporal para o juiz (o ato processual continua podendo ser praticado), o efeito da inobservância da duração razoável do processo é configurar a *mora jurisdicional*, sujeitando o magistrado à posição de autoridade coatora, a merecer correção pela via mandamental.<sup>33</sup> E é evidente que, tanto quando a autoridade coatora for órgão administrativo, quanto em se tratando de órgão judicial, o mandado de segurança pode ser utilizado. Na inexistência de recurso cabível contra omissões do juiz em decidir, cabível o *writ* contra ato judicial.

O Projeto de novo CPC não chega a prever expressamente esta possibilidade de uso do mandado de segurança para que a instância superior fixe prazo para decisão. De nossa parte, pensamos que não há necessidade de previsão legal. Aliás, a jurisprudência já vem aplicando o mecanismo a partir da interpretação constitucional da cláusula do art.5º, LXXVIII, da CR/88.

### 4.3. Aplicação de sanções pessoais às autoridades responsáveis

Como instrumento de atuação do princípio da duração razoável, parte da doutrina vem sustentando a possibilidade de aplicação de sanções pessoais às autoridades julgadoras, sejam elas administrativas ou judiciárias.

De um lado, advoga-se a aplicação de sanções pecuniárias (como multas) para condutas contrárias à boa-fé no processo também aos magistrados e autoridades ad-

32. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, influência e validade* prima facie dos atos processuais. *Op.cit.*, p.264.

33. SPALDING, Alessandra Mendes. "Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art.5º da CF inserido pela EC n.45/2004", in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et alii* (Coords.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n.45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.35-37.

ministrativas em mora, desde que suas condutas sejam determinantes para o tumulto processual e para o prolongamento descabido da tramitação do processo.<sup>34</sup>

Embora o método possa surtir efeito como meio de pressão ao julgador, este não é nosso entendimento. Em primeiro lugar, porque outras formas de atuação do princípio parecem ser mais adequadas. Ademais, pensamos que a imposição destas sanções ao órgão julgante, p.ex., deve ser excepcional, apenas em casos extremos (dolo ou fraude), sob pena de presumirmos a parcialidade ou a negligência do julgador e subverter a lógica da responsabilidade destes profissionais. Além disso, no mais das vezes, o Judiciário e os órgãos administrativos são carentes de recursos materiais e humanos,<sup>35</sup> e a demora no processamento deriva, em grande parte, da enorme quantidade de processos que pressionam as cortes brasileiras.

Ao lado destas sanções pecuniárias, que entendemos incabíveis como regra, pode-se vislumbrar o controle administrativo e correicional das omissões das autoridades julgadoras.

De fato, podemos visualizar nesta forma de sanção às autoridades públicas um outro mecanismo de controle e efetivação do princípio da duração razoável do processo: trata-se do controle administrativo-disciplinar (correicional). O próprio CPC de 1973 já admite, em seu art.198, representação ao Tribunal contra o magistrado que não cumprir os prazos.

Atualmente, desde a Reforma do Judiciário (EC n.45 de 2004), juntamente com as Corregedorias internas de cada órgão, foram criados ainda os Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público, que podem receber representações contra membros do Judiciário e do MP (art.103-B e 130-A, ambos da CR de 1988), caso a demora do processo seja atribuível ao membro do Ministério Público. Além disso, a nova redação do art.93, II, “e” da CR, ainda que timidamente alterada na Reforma do Judiciário, sinaliza no mesmo sentido.

Neste diapasão também se vê a tramitação do Projeto de CPC no Congresso Nacional. Os arts.234 e 235 preveem a possibilidade de formulação de representações administrativo-disciplinares para que se apure violação funcional de autoridades públicas ou advogados que violem a duração razoável do processo.

#### 4.4. Pretensão indenizatória contra o Estado

Outra possibilidade que a norma constitucional aponta para os prejudicados pela violação da duração razoável é o exercício de pretensão indenizatória contra o ente estatal que causou o dano marginal: se o Judiciário federal, a União; se o Judiciário

34. WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2a fase da reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2002, p.37, sustentaram que o art.14 do CPC deveria ser aplicado aos magistrados que dificultem, p.ex., o cumprimento de decisões judiciais ou cartas precatórias, desde que sua conduta seja determinante para o esvaziamento do resultado do provimento. No mesmo sentido, GÓES, Gisele Santos Fernandes. “Razoável duração do processo”, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et alii* (Coords.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n.45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.267.

35. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A efetividade do processo de conhecimento”, *Op.cit.*, p.130.

estadual, o Estado-Membro. Ressalte-se que, como destaca a doutrina e também a jurisprudência internacional,<sup>36</sup> tanto o autor quanto o réu, bem como os demais sujeitos processuais envolvidos, todos poderiam vindicar a indenização pelo fato de que todos são potencialmente prejudicados pela mora. Evidentemente que a quantificação do dano tomará em consideração tratar-se do vencedor (aquele que tinha razão), do vencido (aquele que, ao fim e ao cabo, deu origem à litigância), se o requerente correu com culpa para a demora, etc.

Em alguns países, há previsão legislativa de que a demanda indenizatória possa ser proposta ainda na pendência do processo. De nossa parte, pensamos que esta pretensão indenizatória terá cabimento sobretudo após o fim do processo, por várias razões. Primeiramente porque, depois do trânsito em julgado, não mais poderia ser requerida, nas instâncias superiores, uma providência mandamental que determinasse que o julgamento fosse proferido em um prazo fixado pela corte revisora.

Por outro lado, é despidendo salientar que convém que a pretensão indenizatória fosse ajuizada após o fim do processo porque a quantificação do dano sofrido será mais acurada ao final da tramitação. Ademais, pelo mesmo motivo, a demanda indenizatória ajuizada na pendência da lide poderia sofrer mais uma objeção, que é o fato de conter pedido genérico, a gerar sentença ilíquida e empurrar o problema da quantificação do dano para a fase executiva, exigindo liquidação.

Não obstante, como vem entendendo a Corte Europeia de Direitos Humanos, o direito à duração razoável pode ser exercitado ainda na pendência do processo, e por este motivo tende a prevalecer o entendimento de que a pretensão indenizatória pode ser ajuizada também enquanto perdura a litigância onde se verificou a alegada mora do Judiciário.

#### **4.5. Tutela de evidência: antecipação de tutela como meio de gestão da duração do processo**

Mais uma forma de tutelar o princípio da duração razoável do processo é uma técnica que dificilmente se vê na prática, mas que está prevista no art. 273, II, do CPC. Trata-se da utilização da tutela de evidência, forma de tutela satisfativa que não tem os tradicionais pressupostos de cautelaridade, ou seja, é uma decisão provisória, precária e revogável, baseada em cognição sumária, mas que não se funda na urgência.

Com efeito, a tutela de evidência do art.273, II do CPC revela-se um mecanismo de repressão à má fé processual, gerindo o tempo do processo. É que, quando se verifica abuso dos direitos processuais, com a prática de condutas protelatórias ou contrárias à boa-fé, a demora do processamento joga a favor do *improbus litigator* e pesa contra a parte que está se comportando adequadamente. Através da técnica antecipatória, o juízo pode inverter o ônus do tempo no processo, concedendo providência satisfativa

---

36. Esta a posição da Corte Europeia de Direitos Humanos. Cf. HOFFMAN, Paulo, “O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana”, *Op.cit.*, p.578.

ao adversário do litigante de má-fé, permitindo-lhe desde logo a execução. Parte-se da premissa que a demora no processo interessa mais a quem não tem razão, evidenciada pela conduta ilícita, e o efeito é claro: a tutela a favor da parte contrária faz com que a demora passe a pesar sobre aquele litigante que antes se comportava de má-fé. Ele passa a ser agora, o maior interessado em que o processo caminhe a passos largos em direção à sentença final, para que possa provar ao juízo o acerto de sua tese e para que, vencedor, obtenha a revogação da decisão de antecipação da tutela.

O Projeto de novo CPC, ao dispor sobre a tutela de evidência, mantém a mesma regra, como se vê no art.306, I do Relatório.<sup>37</sup>

#### **4.6. Novidades do Projeto de CPC: calendário do processo e a ordem cronológica de conclusão como critério para proferir decisões**

O Projeto de novo CPC prevê um mecanismo para a duração razoável do processo em que os processos deverão ser decididos em ordem cronológica obrigatória. Trata-se do art.12, que prevê que os órgãos jurisdicionais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão. A norma que se propõe não menciona as decisões interlocutórias, mas entendemos que pode ser aplicável a todas as decisões judiciais.

A regra é louvável, por um lado, porque determina critério objetivo para a tramitação dos processos nas serventias judiciárias: a ordem cronológica de conclusão para decisão. É algo salutar não apenas por impor a impessoalidade na rotina administrativa do Judiciário, mas também e sobretudo por determinar um parâmetro único de organização das Varas. A verdade que muitos de nós não queremos admitir é que nem todos são organizados o suficiente para gerir as prioridades de trabalho frente ao escasso tempo que temos para resolver todos os problemas. A gestão do gabinete de um magistrado, p.ex., envolve não apenas a administração do seu tempo pessoal, mas também de toda a sua equipe, atribuindo tarefas de variada complexidade a cada um dos servidores, assessores, estagiários, etc. Ora, é fato que fixar um critério (certo ou errado) pode não representar a melhor solução para *todos* os juízos. Mas a ordem cronológica parece-nos adequada porque, além de imprimir igualdade de tratamento, poderá organizar *muitos* deles.

Alguns dirão que a norma proposta o Projeto é ruim porque, p.ex., obriga o magistrado a julgar um processo complexo e demorado, cuja análise tomará talvez meses, e fazer esperar pela solução judiciária muitos outros de baixa complexidade, que poderiam ser solucionados rapidamente. Em nosso sentido, trata-se de uma objeção que deve ser rechaçada por dois motivos.

---

37. Sobre o tema, já nasceu clássica a obra de MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: RT, 2012, na qual o autor reconstrói as bases da técnica antecipatória, em alguns aspectos incorporada ao Projeto.

Primeiro, porque este raciocínio leva em consideração apenas um intervalo temporal muito curto na atividade profissional do juiz. Imaginemos que o processo complexo demandará 3 semanas para ser decidido, e cada um dos processos mais simples demorasse apenas 1 dia para que a decisão pudesse ser elaborada. Se pensarmos apenas naquelas 3 semanas (com cinco dias úteis cada), estaríamos com a impressão de que o gabinete parou num período em que outros 15 processos poderiam ter sido decididos. Ora, qualquer fixação de prioridades, vista num viés imediatista, significa o sacrifício instantâneo de uma tarefa em detrimento de outra. Porém, quanto mais alargamos o período de análise daquela atividade, vemos que o *tempo global* que seria gasto para a elaboração de *todos* os processos é rigorosamente o mesmo.

Em segundo lugar, trata-se de uma resistência baseada numa falsa premissa, que é aquela de que tanto o magistrado, como todo o restante de sua assessoria, ficariam todos envolvidos na elaboração daquela única decisão complexa, deixando de lado todos os demais processos. A verdade, ao contrário, é que o gabinete não para com o ingresso de um processo complexo. Com efeito, aqueles que têm experiência em trabalhar em equipe sabem que a gestão de pessoal deve considerar as capacidades dos assessores e a complexidade do ato, cuja confecção será delegada a um ou alguns deles. A elaboração da minuta de um processo complexo, se for atribuída a alguém além do juiz, provavelmente será delegada àquele(s) assessor(es) mais experiente(s) e capacitado(s). Todos os demais servidores continuarão dedicando seu tempo aos outros processos da fila, cujas minutas continuarão sendo produzidas. E estes processos não serão levados a julgamento antes dos demais anteriores na ordem cronológica; porém, tão logo decidido o processo complexo, todos aqueles muitos processos de menor complexidade poderão ser imediatamente levados a julgamento, pois todos terão sido minutados e poderão ser revisados e julgados pelo magistrado rapidamente.

Em nosso sentir, portanto, por todos estes motivos, a regra é muito bem vinda. Note-se ainda que, segundo o Projeto, a lista cronológica da ordem de conclusão deverá ficar permanentemente disponível para consulta pública, o que viabilizará transparência e controle do cumprimento da duração razoável do processo.

Outra inovação é a previsão de uma espécie específica de acordo de procedimento, inspirada no ordenamento francês, que é o “calendário” processual. O Projeto prevê o instrumento convencional no art.191 § 1º e seguintes, afirmando que as partes e o juiz podem estipular um calendário para a prática dos atos processuais. Este calendário, vinculativo para os sujeitos do processo que o estabeleceram, dispensa desde logo a intimação para os atos nele previstos (até porque já previsíveis e de ciência de todos), e pode ser ajustado se circunstâncias posteriores exigirem. Trata-se de uma tendência mundial no sentido da contratualização das formalidades, e que se soma aos mecanismos tradicionais como uma nova ferramenta de gestão do tempo do processo.

## **2. IMPOSSIBILIDADE DE ALEGAR A INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS MATERIAIS PARA IMPEDIR A APLICAÇÃO DA CLÁUSULA**

Já falamos aqui sobre a deficiência estrutural do Judiciário e da Administração Pública. Pois bem, decerto que os problemas dos órgãos administrativos e do Poder

Judiciário, que ocasionam a demora nos processos, não são decorrentes de ineficácia normativa ou dogmática de institutos processuais. Em verdade, uma das grandes críticas que se pode fazer ao legislador brasileiro nos últimos anos é pensar que, através de reformas processuais, muitas vezes mutilando o CPC e violando direitos fundamentais, resolveria os problemas da inoperância do sistema judicial. Em nosso entender, os problemas decorrem também de questões metajurídicas, por vezes culturais ou sociológicas, e outras de ordem estrutural e de organização administrativa dos Tribunais.

Neste sentido, José Rogério Cruz e Tucci afirma que há três grupos de fatores envolvidos com a duração do processo: fatores institucionais, fatores de ordem técnica e subjetiva, fatores derivados da insuficiência material.<sup>38</sup> A estes podem ser acrescentados fatores outros como a inexistência de uma cultura conciliatória, um despreparo geral para realização de acordos processuais, etc.

Se tais problemas existem de fato e não os negamos, por outro lado não se pode admitir que sirvam de escudo para justificar a manutenção da ineficiência de órgãos jurisdicionais e administrativos. O discurso do excesso de processos, ausência de servidores em número satisfatório, etc., se bem que preste às reivindicações de melhoria das condições de trabalho, não impede as aplicações do princípio da duração razoável descritas acima (ordem para julgamento imediato, indenização dos prejuízos, etc.).

Aliás, como afirmou o Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso Buchholz,<sup>39</sup> admitir desculpas estruturais para infirmar a aplicação do princípio equivale transformar em “devida” a “indevida” administração da Justiça.<sup>40</sup>

### 3. COMO CALCULAR E AFERIR O PRAZO RAZOÁVEL DE DURAÇÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS OU ADMINISTRATIVOS?

Uma das maiores indagações sobre a aplicabilidade da duração razoável, e que vem ocupando as lentes da doutrina processual, é a pergunta sobre como poderia ser medido o tempo de duração de um processo considerado adequado, e por conseguinte a partir do qual o trâmite configurar-se-ia desarrastado.

No plano federal, a Lei 9.784/99 dispõe que a autoridade tem 30 dias para decidir após a conclusão da instrução do processo administrativo, o que facilita a análise do momento de configuração da mora do julgador. A doutrina vem identificando a possibilidade de aplicação analógica do dispositivo quando não houver previsão específica, parâmetro que vem sendo constantemente aplicado no cotidiano forense para processo

38. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*. São Paulo: RT, 1997, p.99. A doutrina menciona várias causas que poderiam ser agrupadas nestes três aspectos. Entre estas causas, a transferência paulatina dos centros de decisão da primeira instância para as instâncias recursais, as deficiências do processo de execução, a má interpretação das nulidades, etc. Cf. VIGORITI, Vincenzo. “Notas sobre o custo e a duração do processo civil na Itália”, Trad. Teresa Celina de Arruda Alvim Pinto, in *Revista de Processo*, ano 11, n.43, jul-set, 1986, p.145-146.

39. Buchholz c. Alemanha, j.06.05.1981

40. Afirmou o Tribunal: “Lo que no puede suceder es que lo normal sea el funcionamiento anormal de la Justicia, pues los Estados han de procurar los medios necesarios a fin de que los procesos transcurran en un plazo razonable”.

administrativo.<sup>41</sup> O mesmo não ocorre com tanta frequência no processo judicial, pela inexistência de disposição legal clara a respeito. Não obstante, os tribunais têm fixado prazos (até exíguos: 10, 15 dias) para que juízes decidam processos criminais cuja tramitação, no entendimento da Corte revisora, ter-se-ia estendido mais que o razoável. Mas poderia ser estabelecido um prazo, um número mágico para que soubéssemos, em cada espécie de processo, qual o ponto em que a litigância deixou de transcorrer no prazo razoável?

É justamente neste ponto que reside a maior dificuldade, que é pensar em um referencial padrão. Na procura de uma linha mestra comum, doutrina e jurisprudência vêm tentando estabelecer *standards* objetivos para aferir a duração razoável.

Cruz e Tucci lembra que a *American Bar Association* desenvolveu uma tabela sobre o tempo em que os processos deveriam encontrar um fim, diferenciando os tipos de procedimento (comum, pequenas causas, etc.). No Brasil, tentativa semelhante foi empreendida pela doutrina, através da confecção de tabelas que partem das disposições legais no Código de Processo Civil de 1973 sobre prazos de conclusão, cumprimento de decisões, marcação de audiências, alegações finais, prolação de sentença, etc. Como o somatório dessas prescrições legais totalizaria uma duração de 131 dias, sugere-se que qualquer processo deveria ser solucionado em menos de 1 semestre,<sup>42</sup> prazo a partir do qual haveria duração desarrazoada.

Ressalte-se a jurisprudência consolidada no processo penal brasileiro adotou tese semelhante, somando os prazos previstos em lei para o procedimento comum. Os 81 dias disciplinados pelo legislador indicariam o marco a partir do qual a duração do processo penal seria desarrazoada, justificando inclusive o relaxamento da prisão cautelar, como entendimento do STF<sup>43</sup> e do STJ.<sup>44</sup>

41. Confira-se a nota n.30.

42. SPALDING, Alessandra Mendes. “Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art.5º da CF inserido pela EC n.45/2004”, *Op.cit.*, p.38.

43. STF – 2a Turma – HC 80.379-SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 25.05.2001: “O julgamento sem dilações indevidas constitui projeção do princípio do devido processo legal – o direito ao julgamento, sem dilações indevidas, qualifica-se como prerrogativa fundamental que decorre da garantia constitucional do *due process of law*. O réu – especialmente aquele que se acha sujeito a medidas cautelares de privação de sua liberdade – tem o direito público subjetivo de ser julgado, pelo Poder Público, dentro de prazo razoável, sem demora excessiva e nem dilações indevidas. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art.7º, n.5 e 6). Doutrina. Jurisprudência – O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário – não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu – traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional. O excesso de prazo, nos crimes hediondos, impõe o relaxamento da prisão cautelar – Impõe-se o relaxamento da prisão cautelar mesmo que se trate de procedimento instaurado pela suposta prática de crime hediondo, desde que se registre situação configuradora do excesso de prazo não imputável ao indiciado-acusado. A natureza da infração penal não pode restringir a aplicabilidade e a força normativa da regra inscrita no art.5º LXV da Constituição da República, que dispõe, em caráter imperativo, que a prisão ilegal será “imediatamente relaxada” pela autoridade judiciária. Precedentes”.

44. STJ – 5a Turma – HC 7.905-BA, Rel. Min. Félix Fischer, DJ 14.12.1998: “Processual Penal. *Habeas Corpus* substitutivo de recurso ordinário. Homicídio. Prisão cautelar. Excesso de prazo. Injustificável retardamento na prestação da tutela judicial em relação ao réu preso cautelarmente desde 10.03.92 caracteriza indiscutível

A primeira consideração que pensamos pertinente é que a busca de critérios comuns não pode nunca descuidar das peculiaridades de cada caso. Muitas são as causas na demora dos processos, sendo certo que demandas muito complexas resolvidas em 5 anos podem ter tramitado adequada e rapidamente, enquanto outros processos, posto que solucionados em 1 ou 2 anos, podem denotar profunda infringência ao princípio da duração razoável.<sup>45</sup>

Isso ocorre porque são diversas as variáveis que influem no procedimento, como demora nas publicações dos despachos e decisões pela imprensa oficial, cartas precatórias para oitiva de testemunhas, intervenção de terceiros, citação de litisconsortes necessários, incidentes com efeito suspensivo, advogados distintos para os réus (art.191 do CPC), presença de entes que disponham de prazos dilargados (art.188 CPC), todas circunstâncias de ocorrência apenas accidental. Assim, ainda que busquemos núcleo comum, o preenchimento da cláusula indeterminada “razoável duração” não pode olvidar as idiossincrasias de cada procedimento.

Por outro lado, há que se diferenciar o desrespeito da duração razoável do processo quando pendente a litigância e atrasada a prática de um único ato (p.ex., uma conclusão demorada para sentença), do exame global da demora em um processo, considerados todos os seus atos.

Em seu art.226, o Projeto de novo CPC estabelece prazos para a prática de atos judiciais. Para as sentenças, p.ex., fixa o prazo de 30 dias. Não se pode afirmar que estes prazos passarão a ser peremptórios, até porque o art.227 do Projeto diz que, se houver “motivo justificado”, o juiz poderá exceder estes prazos “por igual tempo”. Todavia, em nossa leitura, estas disposições sinalizam que, após transcorrido o dobro do prazo fixado na lei, haverá mora da autoridade judiciária apta a viabilizar os mecanismos de atuação do princípio da duração razoável do processo.

Ou seja, o Projeto parece estabelecer alguns parâmetros para aferir a infringência da duração razoável do processo em *segmentos* da tramitação. Vencidos estes prazos, e verificada a mora, poderão incidir os mecanismos de atuação do princípio.

De outra parte, deve ser recordado que o desrespeito a um só prazo processual não necessariamente deve levar à conclusão de haver ofensa ao princípio da duração razoável. Como o processo é um conjunto de atos, é normal que cada componente dessa cadeia permita uma análise segmentada. Mas se os atos se sucedem logicamente numa sequência permeada pela mesma relação processual, a duração razoável do processo pode e deve ser aferida pelo complexo de todos atos processuais praticados e por praticar. O processo não possui somente o regramento da *distantia temporis* entre um ato e outro, mas também uma ordenação temporal global.<sup>46</sup> Fixada esta premissa, é

---

constrangimento ilegal. Feito de réu preso deve, sempre, ser considerado prioritário, observando-se o direito de ser julgado em tempo razoável”.

45. OLIVEIRA, Fabio Cesar dos Santos. “O art.515 § 3º do CPC e o combate à dilação processual indevida”, *Op.cit.*, p.134-135.

46. BIDART, Adolfo Gelsi. “*El tiempo y el proceso*”, in *Revista de Processo*, ano 6, nº 23, jul.-set. 1981, p. 101; SAUER, Wilhelm. *Grundlagen des Prozessrechts*. Stuttgart: Ferdinand Enke, 1919, p. 295-296 e 354-355;

importante destacar que a duração razoável do processo deverá ser aferida não apenas dos prazos dos atos processuais individualmente considerados, mas também do contexto geral da sucessão lógica entre os atos do processo na complexa sequência de interações da relação processual.<sup>47</sup>

Portanto, a mora jurisdicional, mesmo com as previsões do Projeto, pode não ficar evidenciada apenas pela fotografia daquele momento processual. O prolongamento indevido deve ser aferido no conjunto dos atos processuais, não quando um só ato isolado mas o processo como um todo não respeitar o prazo razoável de duração. A duração razoável só pode ser medida no dinamismo típico da relação processual, cujo desenvolvimento é construído a cada etapa, é verdade, mas que possui um ritmo global fruto do encadeamento em contraditório dos atos do processo.

A respeito deste tema, em cerca de 30 anos de jurisprudência, desde o caso *Wemhoff*<sup>48</sup> de 1968, a Corte Europeia de Direitos Humanos desenvolveu e aplicou sete critérios, e atualmente adota três parâmetros básicos para avaliar a duração razoável: a) complexidade do caso; b) conduta das partes e dos interessados, que devem colaborar e não podem beneficiar-se da própria torpeza; c) conduta da autoridade competente (ações e omissões).<sup>49</sup> A estes, outros se acrescem, como os efeitos das medidas de urgência (prisão, multa) sobre a parte requerida.<sup>50</sup>

Por outro lado, a jurisprudência e a doutrina europeias excluem dessa análise alguns intervalos de tempo, como aquele necessário para a interposição de um recurso ou o tempo gasto com tentativas de conciliação.<sup>51</sup>

O *dies a quo* a partir do qual corre o prazo é compreendido na Europa como sendo o da citação ou do ajuizamento do processo judicial em primeiro grau. É verdade que, em algumas hipóteses, já houve antecipação deste prazo, como quando exigido exaurimento das vias administrativas.<sup>52</sup>

---

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*. *Op. cit.*, p. 29 e ss.

47. PASTOR, Daniel. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2002, p. 87.

48. *Wemhoff c. Alemanha*, j.27.06.1968.

49. Dentre outros critérios e subcritérios, estes são os principais. A jurisprudência da corte é enorme. Confinam-se os casos *Guincho c. Portugal*, j.10.07.1984; *Foti e outros c. Itália*, j.10.12.1982; *Laino c. Italia*, j.18.02.1999; *Eckle c. Alemanha*, 15.07.1982; *Zimmermann-Steiner c. Suíça*, j.13.07.1983; *Savoldi c. Itália*, j.14.05.1990; *M. c. França*, j.16.11.1990; *Neves e Sílvia c. Portugal*, j.27.04.1989, dentre muitos outros. Sobre o tema, Cf. TARZIA, Giuseppe. “*L’art.111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*”, *Op.cit.*, p.17; KRAMER, Bernhard. *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die angemessene Dauer von Strafverfahren und Untersuchungshaft*. Tese de doutorado apresentada na Universidade de Tübingen, 1973; IAI, Ivano. “*La durata ragionevole del procedimento nella giurisprudenza della Corte europea sino al 31 ottobre 1998*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, 3, 1999, p.549 ss; PEUKERT, Wolfgang. “*Die überlange Verfahrensdauer (art.6 Abs.1 EMRK) in der Rechtsprechung der Strafsburger Instanzen*”, in *EuGRZ*, 1979.

50. Sobre a evolução da jurisprudência, confira-se PASTOR, Daniel. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*. *Op.cit.*, p.111 ss.

51. TARZIA, Giuseppe. “*L’art.111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*”, *Op.cit.*, p.19.

52. TARZIA, Giuseppe. “*L’art.111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*”, *Op.cit.*, p.19.

O termo final (*dies ad quem*) geralmente é a sentença de último grau passada em julgado. Mas a Corte Europeia já assinalou que o princípio da duração razoável seria ilusório se a decisão, embora obrigatória, fosse inoperante. Assim, a execução e efetivação da sentença podem ser também consideradas para aferir o prazo razoável.<sup>53</sup>

Adota-se, assim predominantemente, no direito comparado, a chamada “teoria do não-prazo”, que evita estabelecer, em abstrato, um prazo de tramitação adequada para o processo, deixando ao juiz esta definição. A técnica, embora tenha o mérito de evitar generalizações, também não ficou isenta de críticas, principalmente por transferir ao Judiciário, sem considerações existentes em norma positivada, o regramento dos limites legítimos de duração do processo, que, afinal, é uma forma de exercício de poder estatal e deveria, portanto, ser regradada em lei.<sup>54</sup>

O Projeto de novo CPC, na redação do texto aprovado na Câmara dos Deputados, não traz critérios minuciosos para a aplicação da duração razoável do processo. Porém, o Projeto afirma, no art.218 § 1º, que o juiz fixará prazos levando em conta a “complexidade” do ato a ser praticado. E o art.139 do Projeto, em seu inciso VI, permite ao juiz dilatar os prazos processuais de modo a conferir “maior efetividade” à tutela jurisdicional. Assim, pode-se dizer que, caso aprovado o Projeto, estes serão dois importantes balizamentos.

#### 4. CONCLUSÃO

Nosso objetivo, neste breve relato, foi destacar alguns dos principais aspectos do Projeto de novo CPC a respeito da duração razoável do processo.

Se, de um lado, pode-se dizer que muito se avança neste tema pelo Projeto, seja por ampliar mecanismos de controle e aplicação da cláusula, seja por explicitar consequências que já poderiam ser extraídas do texto constitucional e dos tratados internacionais de que o Brasil é signatário, deve ser ressaltado e alertado que ainda restam algumas questões controvertidas que não parecem ser solucionadas pelo Código vindouro, e continuarão gerando dúvidas e reclamando da doutrina e da jurisprudência reflexão renovada, já à luz da nova legislação.

#### 5. BIBLIOGRAFIA

AMBOS, Kai. “*Verfahrensverkürzung zwischen Prozeßökonomie und ‘fair trial’*”, in *Jura*, n.6, 1998.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A efetividade do processo de conhecimento”, in *Revista de Processo*, ano 19, n.74, abr-jun, 1994.

BIDART, Adolfo Gelsi. “*El tiempo y el proceso*”, in *Revista de Processo*, ano 6, nº 23, jul.-set. 1981.

53. TARZIA, Giuseppe. “*L’art.111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*”, *Op.cit.*, p.19-21. Contra, em nosso entender sem razão, vemos o texto de VIGORITI, Vincenzo. “Notas sobre o custo e a duração do processo civil na Itália”, *Op.cit.*, p.145.

54. Cf. PASTOR, Daniel. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*. *Op.cit.*, p.417 ss, 464-466.

- CABRAL, Antonio do Passo. *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*. *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LX, N°2, aprile-giugno, 2005
- \_\_\_\_\_. *Nulidades no processo moderno: contraditório, influência e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª Ed., 2010, especialmente capítulos III e V.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, vol.2, 1930.
- CARPI, Federico. “A responsabilidade do juiz”, in *Revista Forense*, ano 91, vol. 329, jan-mar, 1995.
- CARVALHO, Fabiano. “EC n.45: reafirmação da garantia da duração razoável do processo”, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et alii* (Coords.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n.45/2004*. São Paulo: RT, 2005.
- FINZI, Enrico. “*Questioni controverse in tema di esecuzione provvisoria*”, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 3, parte I, 1926.
- GÓES, Gisele Santos Fernandes. “Razoável duração do processo”, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et alii* (Coords.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n.45/2004*. São Paulo: RT, 2005.
- HENKE, Horst-Eberhard. “*Judicia perpetua oder: Warum Prozesse so Lange dauern*”, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, n.83.
- HOFFMAN, Paulo, “O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana”, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et alii* (Coords.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n.45/2004*. São Paulo: RT, 2005.
- IAI, Ivano. “*La durata ragionevole del procedimento nella giurisprudenza della Corte europea sino al 31 ottobre 1998*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, 3, 1999.
- KLOEPFER, Michael. “*Verfahrendauer und Verfassungsrecht*”, in *Juristische Zeitung*, 1979.
- KRAMER, Bernhard. *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die angemessene Dauer von Strafverfahren und Untersuchungshaft*. Tese de doutorado apresentada na Universidade de Tübingen, 1973.
- LOPES JR. Aury. “A (de)mora jurisdicional e o direito de ser julgado em um prazo razoável no Processo Penal”, in *Boletim do IBCCrim*, Ano 13, n.152, julho de 2005.
- MARTINO, Roberto. “*Sul diritto all’equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo (legge 24 marzo 2001, n.89)*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, 4, 2001.
- MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: RT, 2012.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. “Garantias fundamentais da nova Constituição”, in *Revista de Direito Administrativo*, n.184, abr-jun, 1991.
- NUNES, Dierle José Coelho. “O princípio do contraditório: uma garantia de influência e não surpresa”, in Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Jordão (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Efetividade e processo de conhecimento”, in *Revista Forense*, ano 95, vol.348, out-dez, 1999.
- OLIVEIRA, Fabio Cesar dos Santos. “O art.515 § 3º do CPC e o combate à dilação processual indevida”, in *Revista de Processo*, ano 29, n.115, mai-jun, 2004.
- PASTOR, Daniel. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2002.
- PEUKERT, Wolfgang. “*Die überlange Verfahrendauer (art.6 Abs.1 EMRK) in der Rechtsprechung der Straßburger Instanzen*”, in *EuGRZ*, 1979.

- SAUER, Wilhelm. *Grundlagen des Prozessrechts*. Stuttgart: Ferdinand Enke, 1919.
- SPALDING, Alessandra Mendes. “Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art.5º da CF inserido pela EC n.45/2004”, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et alii* (Coords.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n.45/2004*. São Paulo: RT, 2005.
- TARZIA, Giuseppe. “L’art.111 Cost. e le garanzie europee del processo civile”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LVI, n.1, janeiro-março de 2001.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo. Uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT, 1997.
- VIGORITI, Vincenzo. “Notas sobre o custo e a duração do processo civil na Itália”, Trad. Teresa Celina de Arruda Alvim Pinto, in *Revista de Processo*, ano 11, n.43, jul-set, 1986.
- WALTER, Gehard. “I diritti fondamentali nel processo civile tedesco”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LVI, n.3, julho-setembro, 2001.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2002.



# A DEFESA DO RÉU NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PROJETADO

ARLETE INÊS AURELLI<sup>1</sup>

## 1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

No presente artigo, discorreremos sobre as alterações constantes do projeto do código de processo civil no tocante a defesa do réu.

Para tanto, colocaremos os holofotes sobre o princípio da cooperação entre os sujeitos do processo, que é a tônica do projeto no que tange ao direito de defesa.

De fato, o princípio da cooperação/ colaboração é característica do Estado democrático, tendo em vista que, neste, é imperiosa a efetiva participação de todos. Justamente em razão disso, nas palavras do Relator da Comissão composta para analisar o projeto do Novo CPC, na Câmara, Deputado Sérgio Barradas, “Um novo Código de Processo Civil deve estar ajustado ao contexto contemporâneo, devendo refletir os valores e os fundamentos do Estado Constitucional, que é, a um só tempo, Estado de direito e Estado democrático, consoante estabelece o art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.”<sup>2</sup>

No código projetado, inclusive na versão da Câmara, nota-se uma preocupação muito grande, expressa em diversos dispositivos, com a previsão da participação das partes, o dever de colaboração/cooperação entre os sujeitos processuais, entre eles, o órgão julgador. Previu-se expressamente que o processo há de ser cooperativo, conforme se nota do art. 8.º, segundo o qual “as partes tem 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”.

Sobre o assunto afirma Leonardo Carneiro da Cunha que:

“O princípio do contraditório não se resume já se disse, na sua compreensão como direito de informação e reação, ou como direito de influência. A participação propiciada pelo contraditório serve não apenas para que cada litigante possa influenciar a decisão, mas também para viabilizar a colaboração das partes com o exercício da atividade jurisdicional. Significa que, em razão do contraditório, a atividade jurisdicional deve pautar-se

---

1. Mestre e Doutora em Direito Processual civil pela PUC/SP, professora de Direito Processual Civil nos cursos de graduação e pós graduação stricto sensu da PUC/SP e advogada em São Paulo.  
2. In <http://www.conjur.com.br/dl/relatorio-cpc-sergio-barradas.pdf>, acesso em 27/08/2013

num esquema dialógico, de modo a exigir que o juiz exerça a jurisdição com o auxílio das partes, proferindo decisão legítima, aprimorada e justa. A decisão judicial não deve ser fruto de um trabalho exclusivo do juiz, mas resultado de uma atividade conjunta, em que há interações constantes entre diversos sujeitos que atuam no processo.”<sup>3</sup>

E na fase postulatória, não é diferente: as partes tem o dever de colaborar/cooperar para a apuração da verdade mais próxima possível da realidade e com isso, contribuir para o alcance da efetividade da tutela.

Mas o dever de colaboração das partes não pode ser entendido como um dever de dizer a verdade no processo. Nesse sentido, Marcelo Bonicio expõe que:” A partir da perspectiva de que as partes estão em juízo defendendo seus próprios interesses, é razoável supor que elas devam colaborar com o juiz na elucidação dos fatos que elas próprias alegaram, mas isso não parece ser exatamente uma novidade. É que as partes, porque evidentemente têm interesse na elucidação dos fatos que elas próprias levaram ao conhecimento do juiz, normalmente se empenham muito em juízo, colaborando com o que é possível, já que disso depende a melhora das suas chances de êxito ao final.”<sup>4</sup>

Ora, é evidente que cada uma das partes, o autor na inicial e o réu na defesa, se preocuparam em tecer alegações em que trazem a verdade sob o ponto de vista de cada um e será essa a verdade que se preocuparão em comprovar.

- Conforme Michele Taruffo, “a verdade no processo é irrelevante, porque a atividade que se desenvolve no processo é essencialmente retórica, voltada para o convencimento de alguém a respeito da existência de um direito, e o elemento mais importante é a narração dos fatos, tal como os advogados os apresentam ao juiz”.<sup>5</sup>
- E assim, conclui Marcelo Bonicio que:”A partir destas premissas, o "dever de colaboração" previsto no projeto de criação de um novo Código de Processo Civil (LGL\1973\5) é muito bem-vindo, desde que não seja interpretado no sentido de impor às partes o "dever jurídico" de dizer a verdade no processo, e que seja utilizado por um sistema processual justo, num contexto em que o juiz fixa os pontos controvertidos do processo e possibilita que as partes, a partir disso, colaborem na "elucidação" de seus argumentos de fato e de direito.”<sup>6</sup>

Na verdade, o princípio da cooperação deve ser entendido em última análise como uma efetiva participação das partes, no sentido de influenciar na formação da convicção das decisões do magistrado. É essa colaboração que deverão empreender durante todo o processo.<sup>7</sup> Trata-se de um contraditório participativo.

3. O Processo Civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro, in Revista de Processo vol. 209, p. 349, Jul/2012.

4. Ensaio sobre o dever de colaboração das partes previsto no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro, in Revista de Processo, vol. 190, p. 210, Dez/2010.

5. *La prueba de los hechos*. Madri: Trotta, 2005. p. 48.

6. Ensaio sobre o dever de colaboração das partes previsto no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro, in Revista de Processo, vol. 190, p. 210, Dez/2010.

7. Nesse sentido está a lição de Cássio Scarpinella Bueno, quando trata do princípio do contraditório, a saber: “É que o contraditório, no contexto dos direitos fundamentais, deve ser entendido como o direito de influir,

De fato, inserido nesse contexto, o projeto do novo Código de Processo Civil consagra, em combinação com o princípio do contraditório, a obrigatória discussão prévia, por todos os sujeitos do processo, da solução do litígio, conferindo às partes oportunidade de influenciar as decisões judiciais, participando em igualdade de condições, do convencimento do juiz.

- Além disso, o projeto pugna por determinar que se evite a prolação de “decisões-surpresa”. Ora, o princípio da cooperação/colaboração se dá entre os sujeitos do processo, como se afirmou acima, pelo que também o magistrado deve colaborar para a busca da realização da justiça. Assim, mesmo nas questões que poderia conhecer de ofício deve dar o direito das partes se manifestarem antes. A única exceção seriam as decisões sobre as tutelas de urgência. E mais, o processo cooperativo impõe que o pronunciamento jurisdicional seja devidamente fundamentado, contendo apreciação completa das razões invocadas por cada uma das partes para a defesa de seus respectivos interesses. Esse o verdadeiro sentido do princípio da colaboração/cooperação.

Essa é a conclusão que adotamos no presente artigo, sendo que a partir daí é que analisaremos as alterações trazidas pelo projeto do novo CPC, no que tange à defesa do réu.

Por outro lado, verifica-se que também é norte do projeto a simplificação do procedimento, buscando-se possibilitar maior celeridade processual e o cumprimento do princípio da duração razoável do processo.

Em cosequência, no que concerne à defesa do réu, o projeto suprimiu algumas formas de defesa que eram ofertadas através de incidentes para concentrá-las na peça contestatória.

- Então, na análise da referida normatização é preciso refletir se seria mais vantajoso ter um processo rápido ou um processo em que se possa ter segurança jurídica de que o mínimo de garantias constitucionais será respeitado. Essa a indagação que é objeto de nossa preocupação. A celeridade a qualquer preço deve ser o objetivo a ser alcançado pelo Poder Judiciário? Justiça efetiva é justiça rápida? O princípio da celeridade deve prevalecer sobre os demais?
- A resposta a essas indagações, claramente deve ser negativa. Penso que não se pode admitir que a tutela jurisdicional seja prestada de qualquer maneira, com desapego total a forma e deixando de lado a garantia de um processo justo, apenas para obtê-la de forma célere. Muitas vezes, a pressa é inimiga da perfeição. Justiça efetiva não significa apenas justiça rápida.

---

de influenciar, na formação da convicção do magistrado ao longo de todo o processo. Não se deve entendê-lo somente do ponto de vista passivo, defensivo. O Estado-Juiz, justamente por força dos princípios constitucionais do processo, não pode decidir, sem que garanta previamente amplas e reais possibilidades de participação daqueles que sentirão, de alguma forma, os efeitos de sua decisão” *Curso Sistematizado de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil*, vol 1. São Paulo: Saraiva, 6ª ed, 2012, p. 122.

- Roberto Antonio Darós Malaquias entende que a função social do processo repousa em alcançar a justiça, ou seja, garantir a eficácia dos direitos fundamentais, sob os parâmetros do princípio da dignidade da pessoa humana que tem suas origens na concepção jurídica dos direitos humanos, tendo como ponto central a decisão rápida e justa, fazendo da celeridade processual uma aliada na busca pela harmonização social, afastando a idéia de que celeridade seja sinônimo de violação de direitos fundamentais e deponha contra a segurança jurídica.”<sup>8</sup>

É evidente que a busca pela celeridade não poderá jamais violar o modelo constitucional do processo, referido por Cássio Scarpinela Bueno, a saber: “É verificar na Constituição Federal, qual é (ou, mais propriamente, qual deve ser) o modo de ser (de dever-ser) do direito processual civil, como um todo. É extrair da Constituição Federal, o “modelo constitucional do direito processual civil””<sup>9</sup> e, a partir dele, verificar em que medida as disposições legais anteriores à sua entrada em vigência foram por ela recepcionadas e em que medida as disposições normativas baixadas desde, então, se encontram em plena consonância com aqueles valores ou, escrito de forma mais precisa, bem realizam os desideratos que a Constituição impõe sejam realizados pelo direito processual civil ou que têm condições de concretizar o modelo constitucional do direito processual civil. É verificar, em suma, de que maneira o legislador e o magistrado – este sempre municiado por todos os sujeitos do processo, isto é, todos aqueles que de uma forma ou de outra atuam no processo-, cada um desempenhando seu próprio mister institucional, têm que conceber, interpretar e aplicar as leis para realizar adequadamente o modelo constitucional do direito processual civil.”<sup>9</sup>

Celeridade não é sinônimo de violação de direitos fundamentais. No entanto, nos parece que, nesse ponto, o código projetado andou bem. Muito embora tenha alterado substancialmente o modo de realizar a defesa do réu, o legislador tomou todo o cuidado necessário para não ferir o direito de defesa, zelando pela manutenção do modelo constitucional do processo.

Nesse sentido, a opinião de Camilo Zufelato, quando afirma que “De qualquer forma, há nos Projetos uma série de dispositivos que realçam essa dimensão contemporânea do direito processual e portanto reforçam a indispensável necessidade de diálogo entre os sujeitos processuais a fim de se obter uma decisão construída dialogicamente pelas partes e pelo juiz.”<sup>10</sup>

8. *A função social do processo no Estado Democrático de direito*, Editora Juruá, 2010, p.247

9. *Curso Sistematizado de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil*, vol 1. São Paulo: Saraiva, 6ª ed, 2012, p. 122.

10. *Análise comparativa da cooperação e colaboração entre os sujeitos processuais nos projetos do Novo CPC*. In *Novas Tendências do processo civil, estudo sobre o projeto do novo código de processo civil*, em que são organizadores Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luis Henrique Volpe Camargo e Pedro Miranda de Oliveira., Editora Juspodvim, 2013, p. 106

## 2. DIREITO DE DEFESA

- O direito de defesa é constitucionalmente assegurado, pelo art. 5º inciso LV da CF. É direito contraposto ao direito de ação: ambos têm a mesma natureza, pois representam o direito à tutela jurisdicional, mas diferenciam-se quanto ao conteúdo, já que através da defesa o réu pretende excluir o direito do autor. O réu não formula pretensão na constestação, salvo raras exceções. Portanto, a defesa apenas alarga a cognição, mas não influi nos limites da decisão do juiz. Por outro lado, o direito de defesa é ônus, eis que se não for exercido por opção da parte, somente ela será prejudicada.

### CLASSIFICAÇÃO DO DIREITO DE DEFESA:

- 1) DEFESA PROCESSUAL – visa atacar o processo em si.

Pode ser:

- a) defesa própria ou peremptória: visa a extinção do processo, impedindo o julgamento do mérito. Ex: ilegitimidade, litispendência, coisa julgada, perempção, etc.
- b) defesa imprópria ou dilatória: visa o prolongamento do processo, atrasando o andamento do feito, mas não causa a extinção do processo. Ex: inexistência ou nulidade de citação, exceções de incompetência relativa, suspeição e impedimento do juiz, conexão, continência, incompetência absoluta, impugnação ao valor dado à causa, etc.

- 2) DEFESA DE MÉRITO: visa atacar o próprio mérito da causa e obter o julgamento de improcedência da ação. (total ou parcial)

Pode ser:

- a) direta: nega a ocorrência de fatos e de consequências jurídicas. (fatos não ocorreram ou se ocorreram não acarretaram consequências jurídicas).
- b) Indireta: aceita a ocorrência dos fatos e consequências, mas a estes contrapõe fatos novos que podem ter o condão de alterar o destino da causa. São fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor.

Tanto na defesa contra o processo, como na defesa contra o mérito, podem ser feitas objeções ou exceções substanciais.

Objecções são questões que podem ser conhecidas pelo juiz de ofício. Ex. decadência, prescrição, nulidades absolutas, pagamento.

Exceções substanciais são questões que não podem ser conhecidas pelo juiz de ofício. Ex. nulidades relativas, compensação, novação, transação, exceção de contrato não cumprido, etc.

## 3. A DEFESA DO RÉU NO CÓDIGO PROJETADO

Ao receber o mandado de citação, o réu poderá, conforme o atual código de processo civil, tomar as seguintes atitudes:

- 1) defesa, que poderá ser feita por uma ou algumas das seguintes formas, em peças apartadas – contestação; exceção de incompetência relativa; exceção de suspeição e impedimento do juiz; impugnação ao valor da causa e reconvenção. Também poderá ofertar ação declaratória incidental.
- 2) Reconhecimento da procedência do pedido
- 3) omissão – revelia

Vejamos, pois, como cada uma dessas atitudes foi tratada no projeto do código de processo civil.

DEFESA:

a) CONTESTAÇÃO:

Conceito: É o meio técnico através do qual o réu se defende da ação proposta pelo autor. É ônus. É o direito de defesa por excelência.

A contestação tem por função: excluir o julgamento de mérito ou b) obter julgamento de mérito com sentença definitiva de improcedência.

Os dois princípios que regem a defesa do réu, muito especificamente a elaboração da contestação, continuam mantidos no projeto do CPC, a saber:

- 1) princípio da eventualidade ou da defesa concentrada com efeito preclusivo.

É o ônus de propor, na contestação, sob pena de preclusão, todos os meios de defesa, de uma só vez, ainda que contraditórios entre si, para o caso de o juiz, em não acatando um, venha a acatar o outro. (atual art. 300 e correspondente art. 337 e 343 do código projetado)

Pode-se dizer que, no projeto verifica-se uma amplificação da importância desse princípio, já que muitas formas de defesa que hoje dependem de peças apartadas, passarão a ser realizadas no corpo da peça contestatória. É o caso da exceção de incompetência relativa (art. 338, inciso II), da alegação de incorreção ao valor da causa (art. 338, III) e da impugnação da concessão ou do requerimento para concessão dos benefícios da gratuidade (art. 338, XII), além da reconvenção (art. 344)

As exceções a esse princípio continuam a ser aquelas hoje previstas no artigo 300 e que passarão a constar do artigo 343 do código projetado, a saber:

- Direito ou fatos supervenientes
  - fatos que podem ser conhecidos pelo juiz, de ofício e podem ser alegados em qualquer tempo e grau de jurisdição.
  - Fatos que não podem ser conhecidos pelo juiz, de ofício, mas podem ser alegados em qualquer tempo e grau de jurisdição.
- 2) Princípio da impugnação especificada dos fatos.

É o ônus de impugnar fato por fato alegado pelo autor na inicial, sob pena de, em não o fazendo, ser considerado verdadeiro o fato que ficar sem contestação. (atual art. 302 e art. 342 do código projetado)

Quanto às exceções, a exemplo da atual disciplina, algumas estão no próprio dispositivo que define o princípio da impugnação especificada dos fatos e outras constam de outros dispositivos

Atualmente as exceções a esse princípio constam dos artigos 302, 320 e 9º do CPC. No código projetado o artigo 342 estabelece as seguintes exceções:

- Quando não for admissível, a seu respeito, a confissão (fatos absurdos, fatos notórios, fatos que versem sobre direitos indisponíveis).
- Fatos cuja prova depende de documento substancial.
- Fatos que estejam em contraste com o conjunto da defesa.
- O parágrafo único do art. 342, ressalta ainda que o ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica à contestação geral feita por curador especial nomeado para o revel citado por editais ou por hora certa e também não se aplica para o advogado dativo.

A simplificação da defesa do réu, suprimindo incidentes como impugnação ao valor da causa e exceção de incompetência relativa reforçam o princípio da concentração da defesa, que é ideal para obtenção de um processo mais rápido. Da mesma forma, a possibilidade de impugnar a concessão dos benefícios da assistência judiciária, no corpo da contestação, certamente simplificará e trará maior rapidez ao procedimento.

A idéia que norteia o projeto é realmente no sentido de agilizar o procedimento, tornando-o mais célere e isto sem que seja ferido o modelo constitucional do processo, inserido na carta magna, ou seja, a simplificação do procedimento jamais poderá violar os princípios constitucionais.

Ademais, quando se tratar, especificamente, de alegação de incompetência relativa, a qual poderá ser realizada em preliminar de contestação, o art. 341 do projeto, prevê que a contestação poderá ser protocolada no foro do domicílio do réu, fato que será imediatamente comunicado ao juiz da causa, preferencialmente por meio eletrônico.

Referido dispositivo cria meio de simplificar o procedimento, permitindo que o réu possa ofertar a contestação diretamente para o foro de seu domicílio, que será considerado prevento, para o julgamento da ação, no caso de a competência alegada pelo réu, ser a correta. Também poderá ser considerado prevento, o juízo da carta precatória, na hipótese de réu citado por esse meio.

Além disso, se alegada a incompetência, a audiência de conciliação que tiver sido designada, será considerada suspensa sendo que após a competência ser definida, o juízo competente designará nova data para a realização da mesma.

Ainda, sobre a incompetência relativa, é importante asseverar que a opção do legislador foi pela impossibilidade de conhecimento de ofício, a qual dependerá sempre de alegação do réu.

No caso da incompetência absoluta, os atos decisórios não serão anulados, permanecendo eficazes, até que outra decisão seja prolatada pelo juízo competente, se for o caso.

Por outro lado, o art. 294 do projeto prevê que o réu poderá impugnar, em preliminar de contestação, o valor atribuído à causa pelo autor, sob pena de preclusão, devendo o juiz decidir a respeito, determinando, nos mesmos autos, no caso de procedência, que sejam complementadas às custas processuais. É o que consta do art. 294 do projeto. A decisão do juiz, nesse caso, estará sujeita a recurso de agravo, ou se for proferida na sentença, à apelação.

Conforme o art. 338, XII do projeto, o réu, poderá, também, na contestação, ofertar impugnação da concessão dos benefícios da gratuidade para a outra parte, ou ainda requerer a concessão dos referidos benefícios para si, procedimentos que hoje devem ser formulados, em apartado, instaurando procedimento próprio.

- Conforme artigo 99 do projeto, o pedido de gratuidade da justiça somente poderá ser indeferido pelo órgão julgador se houver nos autos, elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de tal benefício.
- O art. 100 do projeto, dispõe que, caso o pedido seja deferido, o réu, além de poder ofertar impugnação na peça contestatória, também poderá fazê-lo através de petição simples, no prazo de quinze dias, caso o pedido seja formulado de forma superveniente. Em qualquer caso, não haverá suspensão do curso do processo.
- O projeto prevê, ainda, que da decisão que julgar tal alegação, caberá recurso de agravo, salvo se ocorrer na própria sentença, caso em que caberá apelação.
- Quanto às exceções de impedimento e suspeição do juiz, conforme artigo do projeto, somente requisitarão autos apartados na hipótese de o magistrado não reconhecer a imputação que lhe é feita. Se o magistrado reconhecer, não haverá necessidade de formação de autos apartados, sendo que o juiz apenas ordenará que os autos sejam encaminhados ao seu substituto legal.

Outra previsão, muito benéfica, para a proteção do direito material é aquela constante do art. 339 do projeto, que reza que: “alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em quinze dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu.” Nesse caso, se o autor concordar, feita a substituição (que na verdade seria verdadeira sucessão processual), deverá arcar com despesas e honorários no importe de 3% a 5%, para o réu que foi excluído.

Nesse caso, determina o artigo 340 do projeto, que o réu deverá, também, indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação.

Na verdade, trata-se da mesma finalidade da atual nomeação à autoria, só que ampliada pra todos os processos, com vistas à simplificação do procedimento. De fato, a nomeação à autoria desaparecerá como forma de intervenção de terceiros, para, em seu lugar, permitir-se a correção da legitimidade passiva, de forma ampla, para todos os processos e procedimentos.

Trata-se de norma que visa colocar o processo na sua condição de instrumento de satisfação do direito material. Assim, se é instrumento, será bem-vinda toda norma que possibilitar a correção de vícios e equívocos, necessários para a concessão do direito material. De fato, se a parte é ilegítima e o réu, assim alega na contestação, o juiz deverá mandar intimar o autor para que manifeste-se, no prazo de quinze dias, no sentido de possibilitar a alteração da petição inicial, a fim de incluir a verdadeira parte legítima. Embora o dispositivo fale em faculdade, é evidente que trata-se de um ônus, eis que, se o autor deixar de promover a alteração da inicial, para fazer constar a verdadeira parte passiva legítima, correrá o risco de ver o processo extinto, sem resolução do mérito. Embora o art. 339 do projeto, fale em substituição do réu, é evidente que, nesse caso, com a correção da parte passiva, haverá verdadeira sucessão de parte.

Por falar em ilegitimidade, entre as matérias a serem alegadas em preliminar de contestação, o projeto substituiu a “carência de ação” pelo inciso X em que menciona a ausência de legitimidade ou de interesse processual.

Nos parece que a intenção do legislador aqui foi deixar expresso que a possibilidade jurídica do pedido não mais será tratada como condição da ação.

De fato, a impossibilidade jurídica do pedido é questão a ser analisada com o mérito, tanto que o art. 333 do projeto, inclui, no inciso X, entre as hipóteses de julgamento liminar de improcedência, independentemente de citação do réu, aquela em que manifestamente improcedente por contrariar o ordenamento jurídico. Ora, essa hipótese nada mais é que a impossibilidade jurídica do pedido elevada ao patamar do mérito.

Assim, caso o juiz deixe de proferir o julgamento liminar, entendemos que, o réu, verificando que se trata de pedido juridicamente impossível, deverá tecer alegação de mérito e requerer a improcedência da ação. Não mais, poderá alegar em preliminar, a falta de carência da ação, nessa hipótese.

Além disso, também com o objetivo de simplificar o procedimento, o réu poderá exercer atitude de ataque contra o direito do autor, propondo, também, na contestação, reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa, tudo conforme determina o art. 344 do projeto..

A reconvenção, embora passe a ter o mesmo modo de realização que o conhecido pedido contraposto, dele se diferencia porque conforme os parágrafos do art. 344, a desistência da ação ou a ocorrência de causa extintiva que impeça o exame do seu mérito não obsta o prosseguimento do processo quanto à reconvenção. Assim, a reconvenção continua tendo o perfil de ação autônoma e independente do pedido principal. Além disso, o projeto determina que o pedido tenha que ser certo, determinado, somente podendo ser admitido até o saneamento. E mais, deve-se dar valor à causa para o pedido reconvenicional.

Uma novidade do projeto, em relação à reconvenção, é que passará a ser admitida a possibilidade de sua apresentação envolver, além das partes, também terceiros. De fato, a reconvenção poderá ser ofertada contra o autor e um terceiro ou, ainda, ser proposta pelo réu juntamente com um terceiro, em litisconsórcio, ou seja, a reconvenção passa a permitir a ampliação dos limites subjetivos da demanda, com a inclusão daqueles que não foram incluídos, pelo autor, como partes do processo.

Entendemos que essa solução poderá trazer certo tumulto processual, eis que a permissão da participação de terceiros estranhos a lide inicial, como é a a previsão de possibilidade de reconvenção contra o autor e terceiros.

Além disso, passou-se a prever que se o autor for substituto processual, o reconvincente deverá afirmar ser titular de direito em face do substituído e a reconvenção deverá ser proposta em face do autor, também na qualidade de substituto processual.

Ademais, passou a ficar expressamente admitida a reconvenção de reconvenção, a ser proposta pelo autor.

- Também ficou expresso que o réu pode apresentar reconvenção, independentemente de contestar.
- Por outro lado, deixará de existir o incidente de falsidade. O art. 344 do projeto prevê que a falsidade deve ser suscitada na contestação. O réu, nesse caso, deverá expor os motivos em que funda a sua pretensão e os meios com que provará o alegado.(art. 438)
- O parágrafo único de referido dispositivo prevê que uma vez arguida, a falsidade será resolvida como questão incidental, salvo se a parte requerer que o juiz a decida como questão principal, nos termos do inciso II do art. 19.
- O Art. 440 determina que “A declaração sobre a falsidade do documento, quando suscitada como questão principal, constará da parte dispositiva da sentença, de que, necessariamente, dependerá a decisão do mérito, e sobre ela incidirá também autoridade de coisa julgada.”

Quanto à declaratória incidental, como perfil de ação em si, deixou de existir. Ela havia sido suprimida inicialmente, mas foi trazida na versão do Senado e agora, na versão da Câmara foi novamente suprimida.

É que a ação declaratória incidental deixará de ser necessária ante a previsão constante do art. 514 no sentido de que a coisa julgada material aplica-se à resolução da questão prejudicial<sup>11</sup>, decidida expressa e incidentemente no processo, se:

- I – dessa resolução depender o julgamento do mérito;
- II – a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia
- III – o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

Conforme o parágrafo segundo, a hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

---

11. Questões prejudiciais são aquelas cuja decisão influenciará ou determinará a resolução da questão subordinada que lhe seja vinculada. De acordo com o CPC/1973, não faz coisa julgada a decisão sobre questão prejudicial, decidida incidentemente no processo (art. 469, III do CPC/1973). Caso uma das partes tenha interesse em fazer com que pese coisa julgada sobre a resolução da questão prejudicial, deverá valer-se de ação declaratória incidental (arts. 5.o, 325 e 470 do CPC/1973).

Assim, embora o art. 515 traga previsão de que os motivos não fazem coisa julgada, a resolução de questão prejudicial ficará acobertada por esse manto, independentemente de requerimento expreso para tanto.

Como se vê, conforme o projeto do CPC, a coisa julgada alcançará também a questão prejudicial, ainda que inexistente pedido expreso de qualquer das partes.

Na verdade, o requerimento nos parece essencial para a consideração de coisa julgada sobre a resolução de questão prejudicial, sob pena de se violar o princípio da demanda e inércia da jurisdição, permitindo ao Judiciário se imiscuir nos conflitos de interesses, criando lide onde está não existia.

É importante frisar que o art. 1.001 prevê que “a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais somente se dará em causas ajuizadas depois do início da vigência do presente Código, aplicando-se às anteriores o disposto nos arts. 5º, 325 e 470 do Código revogado”.

#### b) OUTRAS DEFESAS

Por outro lado, tendo em vista que a idéia central do projeto do novo cpc é simplificar o procedimento, penso que a criação de incidentes para descon sideração personalidade jurídica e alegação de convenção de arbitragem seriam pontos desfavoráveis.

Na prática, o pedido de descon sideração da personalidade jurídica, por simples petição nos autos, tem funcionado muito bem, não havendo motivo para previsão de procedimento complexo.

O mesmo se dá com a alegação de convenção de arbitragem.

- No entanto, nos parece que a intenção do projeto seria simplificar o procedimento fazendo com que tal alegação fosse feita na audiência de conciliação, que se realiza antes da oferta da contestação. Por isso, a previsão de que se faça por petição autônoma, conforme consta do art. 345 do projeto.

Tanto é assim que há previsão de que, se for realizada a alegação de incompetência relativa, ambas as arguições devem ser feitas na mesma peça, conforme consta do parágrafo terceiro.

- No entanto, o art. 346 traz a previsão de que se não for designada audiência de conciliação, a alegação da existência da convenção de arbitragem deve ser formulada também em petição autônoma, no prazo da contestação. Nesse caso, me parece que o legislador no lugar de simplificar o procedimento, tornou-o mais complexo. Muito mais simples deixar que o réu alegue tal existência como preliminar de contestação, como consta da atual previsão. No entanto, a justificativa para essa previsão é a de que não se pode comprometer a confidencialidade da convenção de arbitragem.

O parágrafo primeiro prevê que a alegação deve estar acompanhada do instrumento da convenção de arbitragem, sob pena de rejeição liminar.

- O parágrafo segundo determina que o autor será intimado para manifestar-se imediatamente sobre a alegação. Se houver necessidade, a requerimento do autor, o juiz poderá conceder prazo de até quinze dias para essa manifestação.

- Consta também do mesmo dispositivo que após a manifestação do autor, o juiz decidirá a alegação. Se rejeitar, as partes serão intimadas e a partir daí o prazo da contestação recomeçará por inteiro.
- A convenção de arbitragem continua a não poder ser declarada de ofício, pelo órgão julgador, sempre dependendo de requerimento da parte, conforme consta do art. 349 do CPC. Por outro lado, a ausência de alegação da existência de arbitragem implicará aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral.

#### c) PRAZOS PARA A DEFESA DO RÉU

É necessário falar um pouco também sobre os prazos para a defesa. O termo inicial do prazo para ofertar a contestação também foi modificado pelo projeto do CPC, eis que no art. 335 ficou determinado que o prazo, que permanece de quinze dias, será contado da data:

I – da audiência de conciliação ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou comparecendo, não houver autocomposição

II – do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese do art. 335 parágrafo quarto, inciso I, que é a hipótese de ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

III – prevista no art. 231, de acordo com o modo como foi feita a citação, nos demais casos. Esse dispositivo contém regras, para determinação do termo inicial do prazo, em consonância com o atual 241 do CPC, contando-se em geral da data da juntada, seja do mandado de citação, intimação, aviso de recebimento,, etc

Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes, sendo que o prazo, no caso de litisconsórcio passivo, será contado para cada um dos réus de forma independente, ou seja, a data do seu respectivo pedido de cancelamento da audiência. Quando o réu desistir da ação para réu ainda não citado, o prazo para resposta correrá da data da intimação do despacho de homologar a desistência.

#### 4. RECONHECIMENTO DA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO:

- Embora não se encarte entre as formas de defesa do réu, é importante tratar dessa outra atitude que o réu, poderá tomar ao receber o mandado de citação. O reconhecimento da procedência do pedido é atitude do réu que reconhece não somente os fatos mas também as consequências jurídicas do pedido.
- Para tanto é preciso cumprir os seguintes requisitos:  
 agente capaz  
 direitos disponíveis  
 procuração com poderes especiais.

Essa atitude continua a ser prevista no código de processo civil projetado, que no art. 497, inciso II, repete a norma de que quando houver reconhecimento jurídico do pedido, pelo réu, haverá julgamento de mérito, pelo juiz que homologar tal ato.

## 5. REVELIA

A terceira atitude, que poderia ser tomada pelo réu, ao ser citado, na verdade, é uma omissão. A revelia nada mais é que a falta de contestação no prazo. O réu pode realizar qualquer outro meio de defesa, pode até reconvir, mas se não contestar, será considerado revel.

O projeto do código de processo civil, nesse ponto, mantém a disciplina atual, apenas acomodando as soluções jurisprudenciais sobre alguns pontos polêmicos.

Assim, é que o Art. 351 do projeto prevê que “se o réu não contestar a ação, presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato feitas pelo autor.”

- O art. 352 estabelece as hipóteses em que a revelia não produzirá tais efeitos, fazendo apenas, uma junção dos atuais artigos 302 e 320, a saber:
  - I – havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;
  - II – o litígio versar sobre direitos indisponíveis;
  - III – a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato;
  - IV – as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com a prova dos autos.

No inciso IV houve uma correção que parece ter por finalidade a preservação do direito de defesa. De fato, onde constava que os efeitos da revelia não seriam aplicados nas hipóteses em que os fatos a serem considerados verdadeiros estiverem em confronto com a defesa considerada no seu conjunto, o projeto passou a prever em relação aqueles que estiverem em contradição com a prova nos autos. Então, houve uma amplificação da preservação do direito de defesa, já que, com o projeto, os efeitos da revelia não serão aplicados, se a prova existente nos autos, e aí não importa se trazida pelo réu ou pelo autor, contradizer o fato que seria tido por verdadeiro.

- O art. 353, por sua vez, traz ponto já assentado pela jurisprudência, amenizando uma drástica penalização para o revel: Os prazos contra o revel, que não tenha patrono nos autos, correrão a partir da publicação do ato decisório no órgão oficial.

Assim, os prazos contra o réu revel não mais transcorreram independentemente de intimação. Veja-se aqui, mais uma vez, a preservação do contraditório, a adaptação do procedimento, ao modelo constitucional do processo.

- O parágrafo único mantém disciplina anterior, determinando que “O revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar”.

O Art. 356, por sua vez, determina que – ao réu revel será lícita a produção de provas contrapostas àquelas produzidas pelo autor, desde que se faça representar nos autos antes de encerrar-se a fase instrutória. Novamente, verificamos, a preservação do contraditório, possibilitando ao revel a produção de provas.

## 6. CONCLUSÃO

Pela análise dos dispositivos do projeto, no tocante ao direito de defesa do réu, vislumbramos a intenção clara de possibilitar a efetividade dos princípios da cooperação e da duração razoável do processo, mas sem desprezar o modelo constitucional do processo, preservando o princípio do devido processo legal e do contraditório.

## 7. BIBLIOGRAFIA

- Bonício, Marcelo José Magalhães. *Ensaio sobre o dever de colaboração das partes previsto no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro*, in Revista de Processo, vol. 190, p. 210, Dez/2010.
- Carneiro da Cunha, Leonardo. *O Processo Civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro*, in Revista de Processo vol. 209, p. 349, Jul/2012.
- Malaquias, Roberto Antonio Darós. *A função social do processo no Estado Democrático de direito*, São Paulo: Editora Juruá, 2010.
- Scarpinella Bueno, Cássio. *Curso Sistematizado de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil*, vol 1. São Paulo: Saraiva, 6ª ed, 2012.
- Taruffo, Michele. *La prueba de los hechos*. Madri: Trotta, 2005. p. 48.
- Zufelato, Camilo. *Análise comparativa da cooperação e colaboração entre os sujeitos processuais nos projetos do Novo CPC*. In Novas Tendências do processo civil, estudo sobre o projeto do novo código de processo civil, em que são organizadores Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luis Henrique Volpe Camargo e Pedro Miranda de Oliveira., Editora Juspodvim, 2013.

# ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA DO JUIZ NO NOVO CPC

*ARTHUR MENDES LOBO<sup>1</sup> E  
ANTÔNIO EVANGELISTA DE SOUZA NETTO<sup>2</sup>*

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto principal o estudo do Princípio do Juiz Natural e a irradiação dos seus efeitos aos demais princípios ligados à Jurisdição. A abordagem do tema será realizada tentando identificar esse princípio nos dispositivos do Projeto de Novo Código de Processo Civil brasileiro, nº 8.046/2010, doravante chamado neste estudo de Novo CPC.

Pretende-se analisar, em linhas bastante gerais, o vínculo estreito que o Princípio do Juiz Natural mantém com a atividade jurisdicional do Estado, considerando, ainda, os quatro grandes temas do Processo Civil: Jurisdição, Processo, Ação e Exceção, cada um deles ligado diretamente a um princípio geral, o primeiro ao Juiz Natural, o segundo ao Princípio do Devido Processo Legal, e os dois últimos ao Acesso à Justiça.

Ao final, verificar-se-á se os dispositivos do Novo CPC examinados neste estudo estão em consonância ou dissonância com o Princípio do Juiz Natural e seus desdobramentos.

## 2. OS PRINCÍPIOS E AS CIÊNCIAS

Toda Ciência necessita ser alicerçada por princípios que a regem e que lhe conferem individualidade<sup>3</sup>.

O que diferencia as ciências não é só o objeto de estudo, mas também o método de investigação que cada uma adota. Aliás, muitos definem ciência com sendo um conjunto de métodos lastreados em princípios que têm por objetivo investigar determinados objetos e sobre eles lançar conclusões.

---

1. Doutorando em Direito na PUC-SP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogado.

2. Mestre e Doutorando em Direito pela PUC-SP. Juiz de Direito no Paraná.

3. Segundo Aurora Tomazini de Carvalho, “Toda norma jurídica, enquanto significação prescritiva (voltada à finalidade de disciplinar condutas), traz um valor, devido à força com que o dado axiológico está presente na linguagem do direito. A diferença é que a chamamos de princípio aqueles valores que hierarquicamente colocamos num patamar de superioridade, ao organizarmos o sistema, de tal modo que eles acabam exercendo significativa influência na construção, estruturação e aplicação das demais significações.” (In: CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de Teoria Geral do Direito – O Constructivismo Lógico-Semântico. São Paulo: Noeses, 2009).

A propósito, segundo Paulo de Barros Carvalho, a cada ciência cabe apenas um método. A adoção de métodos plúrimos, que objetivam descrever o mesmo objeto sobre ângulos cognoscentes diversos não se mostra adequada para a ciência. Assim, não se permite a descrição do objeto por ângulos variados, como o econômico, jurídico, histórico, antropológico, ético, dentre outros. O cientista do direito deve elaborar um sistema descritivo consistente. Para tanto, ele deve escolher premissas que representem seus valores ideológicos. Vale dizer, há que se escolher premissas vazadas pelos valores que compuserem sua ideologia. A expansão dos horizontes do saber do exegeta do direito positivado só será possível por meio de um método dogmático, restritivo do conteúdo da realidade semântica difusa, fundando este corte metodológico em premissas sólidas<sup>4</sup>.

Geraldo Ataliba, citando Agostinho Godilho, por seu turno, assegura que princípio é “uma norma”. Mas mais de que uma norma, uma diretriz, é um norte do sistema, é um rumo apontado para ser seguido por todo o sistema. Rege toda a interpretação do sistema e a ele deve curvar o intérprete, sempre que se via debruçar sobre os preceitos contidos na norma<sup>5</sup>.

No que se refere ao Processo Civil, este, enquanto ciência autônoma, também é estruturado sobre princípios.

Por ocasião do estudo do tema, Ruy Portanova, citando Amaury Mascaro do Nascimento, lembra que os princípios podem ser classificados como: a) onivalentes, quando aplicáveis a todas as ciências, citando o princípio da identidade, traduzido pela máxima “(o ser é o não ser não é); b) plurivalentes, considerados princípios que se aplicam apenas a algumas ciências, ilustrando como o princípio da causalidade, aplicável às ciências físicas ou da imputabilidade às ciências sociais”. c) monovalentes princípios que se aplicam somente a uma determinada ciência, e.g. os princípios da ciência jurídica. Por fim, o citado autor, aponta os princípios setoriais, aplicáveis apenas à determinado ramo da ciência, como por exemplo, o princípio da estrita legalidade, ligado ao direito administrativo, ramo da ciência do direito<sup>6</sup>.

Os princípios setoriais são os que tutelam objetos e temas mais abrangentes de determinada ciência, e deles decorrem outros subprincípios.

Nesse caso, muitas vezes, a linha que divide esses subprincípios é extremamente delgada, podendo haver confusão principiológica, o que acabará por acarretar o atingimento de outros objetos da ciência.

De qualquer forma, o melhor meio se estudar os princípios ligados a uma ciência é submetê-los diretamente a princípios maiores que estejam ligados a determinado ramo ou objeto dessa ciência.

Sem nos esquecermos dos princípios monovalentes, aplicáveis a toda a ciência do direito processual, baseando-se na autonomia científica do processo civil, ciência

4. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário Linguagem e Método*, 3ª Ed. São Paulo: Noeses, 2010.

5. ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: RT, 1985.

6. PORTANOVA, Ruy. *Princípios do Processo Civil*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

composta por três grandes elementos, Jurisdição, Processo e Ação, desenvolveremos em nosso trabalho uma análise perfunctória dos princípios setoriais ligados a esses três elementos, além dos subprincípios que deles decorrem, destacando-se o princípio setorial do juiz natural, o qual se liga diretamente à jurisdição e que serve de base para a manutenção de diversos outros princípios que o informam.

### **2.1. O Processo Civil como ciência autônoma**

Considerando o exposto, neste ponto, ressaltamos que, no âmbito epistemológico da seara jurídica, o Processo Civil goza de autonomia científica.

A propósito do tema, Candido Rangel Dinamarco diria, inclusive, que o conhecimento científico do direito processual e dos seus institutos exige a prévia e consciente determinação de certos princípios fundamentais. Não pode o processualista, como de resto cientista algum, pode dispensar de conhecer e tomar posição acerca das regras e noções gerais e fundamentais que informam e comandam toda a disciplina que pretende dominar, dando-lhe unidade e verdadeiro sentido sistemático<sup>7</sup>.

Deixadas estas ponderações, seguimos ao apreço dos princípios gerais que informam o processo civil

## **3. PRINCÍPIOS GERAIS INFORMATIVOS DO PROCESSO CIVIL**

### **3.1. Economia Processual**

Também chamado de princípio da simplificação, o princípio da economia processual tem como objetivo principal obter o resultado mais positivo com o mínimo de desgaste às partes e ao Estado. Assim, o processo, enquanto instrumento cujo escopo principal é o de pacificar os conflitos com justiça, deve ser o menos custoso possível. Além disso, quanto se fala em mínimo desgaste, esse deve ser entendido de forma extensiva, como mínimo desgaste de tempo, dinheiro e emoções.

Percebe-se que este princípio tenciona o alcance do maior número de frutos, com o menor número de esforços, seja econômico ou emocional, para as partes e para o Estado.

Cumprir notar que, segundo Ruy Portanova, o princípio desdobra-se em quatro vetores: economia de custos, economia de tempo, economia de atos e eficiência da administração judiciária<sup>8</sup>.

Dessa forma, o processo só alcançará o seu escopo principal, qual seja, o de pacificar com justiça, quando atender aos ditames do princípio da economia processual, sendo certo, inclusive, que um processo demasiadamente oneroso nunca poderá ser tido como justo.

7. DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno. 2ª ed.. São Paulo: RT 1987.

8. Op. cit.

Sobre o mote, o Projeto de Lei 8.046/2010, doravante chamado neste trabalho de Novo CPC, há diversos dispositivos que pretendem assegurar a observância do Princípio da Economia Processual, como, por exemplo, a expressa previsão, no seu artigo 4º, de que as partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Cumpra esclarecer, igualmente, que o prazo da duração do processo é um valor externado em vários dispositivos do Novo CPC, devendo as partes colaborar para que seja o mais reduzido possível. Note, inclusive, que o art. 8º, dispõe, que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Dito isso, seguimos para o enfrentamento de algumas questões atinentes ao princípio da instrumentalidade

### 3.2. Instrumentalidade

O princípio da instrumentalidade traduz-se na máxima de flexibilização das formalidades do processo, considerado esse como meio destinado a um fim, qual seja, o de servir de instrumento à pacificação com justiça social. Assim, admite-se a inobservância de alguns formalismos em homenagem ao atingimento de seu objetivo<sup>9</sup>.

Sobreleva notar que, como sabemos, o Processo é um instrumento formal, regido por normas que determinam a realização de atos e a observância de determinadas posturas, sob pena de se negar a sua legitimidade para servir de instrumento de exercício da jurisdição. No entanto, defende-se a possibilidade de diminuição dessa inflexibilidade tradicional do processo, notadamente pelo fato de que ele é meio disponível ao exercício da jurisdição, e não fim em si mesmo.

Nesse sentido, alcançados os escopos sociais e políticos do processo, considerado esse como instrumento do exercício da jurisdição, admite-se a inobservância de algumas exigências formais.

Além disso, conforme os paradigmas da instrumentalidade, o conteúdo sobrepõe-se à forma, preservando-se o direito material em detrimento das questões meramente procedimentais.

Corroborando essa tendência, convém assinalar, ainda, que é grande é a influência das garantias constitucionais no processo civil moderno. Aliás, o Novo CPC também contempla dispositivos expressos que tratam da aplicação desse princípio, notadamente, quando prevê, em seu art. 139, inciso VI, que o juiz pode 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 direito.

---

9. Sobre o tema Ruy Portanova, esclarece que: “Com o princípio da instrumentalidade e sua preocupação como o direito substantivo, o processo tem condições de dar um passo à frente no seu casamento com a Constituição. Não se trata mais só de tornar constitucionais os instrumentos processuais, mas de dar efetividade, por via do processo, às conquistas populares consagradas na Constituição.” PORTANOVA, Ruy. Princípios do Processo Civil. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Outra questão que merece nota radica-se no fato de que diante da possibilidade de corrigir um vício, ao invés de aplicar a pena de deserção e, por conseguinte, negar seguimento ao recurso, pelo princípio da proporcionalidade – determina que se pondere os valores discutidos e se verifique se o valor desprezado (excessivo apego à forma) sobrepõe-se ou não ao valor preservado (efetivo exame das razões recursais) –, a primeira postura é a mais recomendável.

Igualmente é destacável a previsão do art. 1.020 inciso II, do aludido projeto, que contempla a possibilidade de sanar vício de insuficiência de preparo recursal em prazo a ser concedido pelo juiz. Reza o referido dispositivo que a insuficiência no valor do preparo implicará deserção, se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de cinco dias.

O Princípio da Instrumentalidade figura, também, no § º do art. 1.020, ao estabelecer que o equívoco no preenchimento da guia de custas não resultará na aplicação da pena de deserção [do recurso], cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de cinco dias ou solicitar informações ao órgão arrecadador.

Feitas estas colocações, seguimos ao enfrentamento do princípio da efetividade.

### 3.3. Efetividade

No princípio da radica-se o aspecto social do processo<sup>10</sup>.

Com efeito, convém consignar que o princípio da efetividade enaltece a supremacia do interesse social no processo, notadamente pelo fato de considerá-lo verdadeiro valor social.

Aliás, ao contrário de outros tempos, quando o processo projetava-se ao interesse íntimo das partes, atualmente temos de reconhecer o caráter público da relação processual.

Nessa linha, o art. 6º do Novo CPC preconiza que, ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Ademais, o Novo CPC traz importante previsão sobre a efetividade do processo no tocante ao incidente de resolução de demandas repetitivas.

Além disso, prevê o § 4º do art. 1.042 que quando, por ocasião de incidente de resolução de demandas repetitivas, o presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça receber requerimento de suspensão de processos em que se discuta questão federal constitucional ou infraconstitucional, poderá, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, estender a eficácia da medida a todo o território nacional, até ulterior decisão do recurso extraordinário ou do recurso especial interposto.

---

10. A função social do processo poderia ser discorrida em extenso trabalho, dada a sua riqueza de temas, os quais, se enfrentados, terminariam por desvirtuar o foco desse despretensioso estudo.

Assim, para dar efetividade ao precedente que se formará por ocasião do julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, pode o Presidente do Supremo Tribunal Federal (ou o Presidente do Superior Tribunal de Justiça) determinar a suspensão de todos os processos que tratem da mesma matéria de direito, discutida no referido incidente, notadamente se razões de segurança jurídica ou de interesse social assim apontarem. Note-se que a premissa é conferir coesão, celeridade, e uniformidade aos julgamentos, apoiada na ideia de efetividade do processo.

Outro dispositivo do Novo CPC, inspirado neste princípio, diz respeito ao *amicus curiae*. O artigo 138 assenta que o juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação.

A expressa previsão de participação do *amicus curiae* confere legitimidade à autoridade e repercussão social da decisão, principalmente por se pautar pelo princípio da cooperação processual.

Feitos estes esclarecimentos sobre o princípio da efetividade, passemos aos princípios setoriais do processo civil.

#### **4. PRINCÍPIOS SETORIAIS DO PROCESSO CIVIL RELACIONADOS COM OS SEUS QUATRO GRANDES TEMAS: AÇÃO, EXCEÇÃO, PROCESSO E JURISDIÇÃO**

Inicialmente, acentuamos que são quatro os principais temas que dividem a ciência do direito processual.

Com efeito, nas palavras autorizadas de Cândido Rangel Dinamarco, são as grandes unidades sistemáticas do direito processual, categorias de relevância maior dessa ciência, situadas em um nível tal de generalidade que não há nenhuma outra unidade que se possa indicar acima delas. Afirma o mestre que com isso, visou-se ainda a um escopo sistematicamente mais significativo, qual o de determinar o objeto material típico da ciência do direito processual. E acrescenta que não constitui novidade a conclusão que vem de ser alcançada, indicando a jurisdição, ação, defesa e processo como institutos situados a esse nível<sup>11</sup>.

Nesse caso, com o objetivo maior de sistematizar o estudo do processo civil, a doutrina mais autorizada utiliza-se dessa divisão por temas gerais.

Nossas considerações projetar-se-ão, de modo geral, sobre três princípios setoriais, cada um deles ligado a um dos principais temas do Processo Civil: Princípio do Acesso à Justiça, ligada à Ação e à Exceção; Princípio do Devido Processo Legal, ligado ao Processo; e Princípio do Juiz Natural, ligado ao conceito de Jurisdição, tema central de nossa discussão.

---

11. Op. cit.

Deixadas estas notas, seguimos para a abordagem da ação e do princípio do acesso à justiça.

#### 4.1. Princípio do Acesso à Justiça

Antes de adentrarmos nos pormenores do tema, destacamos, desde logo, que a garantia de Acesso à Justiça e os princípios decorrentes estão intimamente relacionados com o direito de ação<sup>12</sup>.

Para o propósito do nosso trabalho, notadamente relacionado às questões principiológicas do novo CPC, cumpre notar que o exercício do direito de ação é contingenciado, sobretudo pelas “condições genéricas da Ação”.

Com efeito, são três as condições genéricas da ação: legitimidade *ad causam*<sup>13</sup>; interesse processual<sup>14</sup>; e possibilidade jurídica do pedido<sup>15</sup>.

Aliás, o Novo CPC, no artigo 17 prevê que para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.

No que se refere à possibilidade jurídica do pedido, o Novo CPC, trata esta condição da ação tratada como matéria de mérito.

Esta perspectiva sugere que, constatada a impossibilidade jurídica do pedido, à luz do princípio da economia processual, o pedido seja julgado improcedente, evitando-se, com isso, a propositura de nova demanda, na hipótese de sentença terminativa.

Deixadas estas considerações prévias, como veremos a seguir, o princípio do acesso à justiça, expressão do Estado Democrático de Direito, liga-se de forma direta às questões postas acima.

---

12. A doutrina conceitua a ação e a exceção como sendo direitos subjetivos públicos, autônomos e abstratos ao provimento jurisdicional. São subjetivos porque conferidos a todos, inclusive àqueles que não têm capacidade jurídica. De outro passo, consideram-se públicos por que são deduzidos em face do Estado, uma vez que o objeto imediato da ação e da exceção é provimento jurisdicional, com ou sem julgamento do mérito. Por outro lado, são autônomos, pois o seu exercício não depende da existência de um direito material violado ou ameaçado. Dessa forma, ainda que não haja violação ou ameaça a direito, como, por exemplo, nas ações declaratórias, haverá garantia do exercício do direito de ação e exceção. Acrescente-se, ainda, que os aludidos direitos consideram-se abstratos, pois, a existência da ação e da exceção independe do resultado do provimento jurisdicional. Nesse caso, ainda que seja proferida sentença de mérito, ou mesmo sentença terminativa sem análise do mérito, terá sido preservado o direito de ação.

13. Basicamente é a necessidade de que a parte que ocupa um dos polos da relação jurídico-processual tenha participado da relação de direito material, ou seja, que tenha tido efetivamente um vínculo jurídico anterior à demanda. Assim, somente as pessoas envolvidas no conflito de interesses resistidos poderão ocupar os polos da demanda.

14. Esta condição, em síntese, pressupõe a verificação do binômio necessidade-adequação. Dessa forma, deve haver a necessidade do recurso ao poder judiciário para o restabelecimento e a dirimência do conflito instalado, além da adequação do objeto da ação como o provimento jurisdicional pretendido, conforme o procedimento previsto em lei. Aliás, é a correlação entre o tipo de procedimento previsto em lei e o adotado pra alcançar o provimento jurisdicional.

15. Em síntese, é a admissibilidade abstrata do provimento jurisdicional solicitado, ou seja, a ausência de vedação expressa no ordenamento jurídico.

Nesse ponto, sobreleva notar que o Princípio do Acesso à Justiça não se limita a preservar o acesso ao Poder Judiciário, mas propugna pelo o acesso à justiça, expressão mais abrangente, que alcança os mais preciosos valores republicanos<sup>16</sup>.

Aliás, este princípio procura conferir efetividade aos interesses da sociedade, garantindo a preservação da democracia e a construção de uma justiça mais humana, acessível e desburocratizada<sup>17</sup>.

Ruy Portanova, citando Mauro Capeletti, destaca que o princípio do acesso à justiça desdobra-se em três grandes questões.

Primeiramente, destaca-se a necessidade de se eliminar a barreira econômica que impede o acesso aos pobres, à qual se propõe uma política de assistência judiciária custeada pela sociedade.

Em segundo lugar, assinala a significativa importância da proteção aos interesses difusos, acenando para a necessidade de amplificação dos instrumentos de proteção, do alcance e extensão da coisa julgada e do rol de legitimados.

Por fim, o citado autor aponta necessidade de se eliminar a burocratização exacerbada e o formalismo desnecessário, permitindo um acesso mais franco ao Judiciário e, conseqüentemente, uma prestação jurisdicional mais célere<sup>18</sup>.

Assinalemos que o *Princípio da Inafastabilidade*, está essencialmente relacionado com o princípio em apreço. Este princípio, como o próprio nome sugere, garante que o povo não poderá ser afastado do acesso ao poder judiciário<sup>19</sup>.

Previsto no artigo 5º, inciso XXXV, nota-se que o referido princípio constitui verdadeira garantia fundamental ao prever que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito<sup>20</sup>.

---

16. É necessário que esse acesso tenha como produto uma prestação jurisdicional justa. Abrir as portas para a escuridão é o mesmo que dar a visão ao cego e mantê-lo em uma sala escura. A porta serve para que se tenha acesso a algo, neste caso a Justiça.

17. O acesso à Justiça, decorrente de uma tendência libertária, que com muito esforço se exurgiu dos vales obscuros dos períodos ditatoriais, anda no sentido de afugentar as sombras sob as quais se escondiam as limitações mais mesquinhas dos reclamos sociais.

18. Op. cit.

19. Neste ponto, temos de advertir que embora o princípio da inafastabilidade esteja próximo do princípio da indeclinabilidade, com ele não se confunde. O princípio da indeclinabilidade informa, em síntese, que o juiz não poderá eximir-se de julgar. Advirta-se que destinatários do princípio da inafastabilidade são mais numerosos que destinatários do princípio da indeclinabilidade. Nesse sentido, enquanto o primeiro se dirige a todos do povo, ao próprio Estado e seus agentes, o princípio da indeclinabilidade, por sua vez, tem alcança apenas o juiz.

20. “Com efeito, não basta que se permita apenas o acesso, é necessário que todos tenham um acesso igualitário, que durante o processo possam isonomicamente demonstrarem e sustentarem suas pretensões. Caso contrário, ainda que franqueado o acesso à parte hipossuficiente e carente de recurso, essa não poderia usufruir plenamente da prestação jurisdicional, pois ver-se-ia limitada diante dos valores cobrados pelo desenvolvimento do processo. E mais, não só a isenção de custas processuais para as propositura e instrução do processo devem ser garantidas, sendo necessário que mesmo a necessidade de depósito ou pagamento de valores para recorrer sejam abrangidos pela gratuidade processual, v.g. nos casos previstos no artigo 488, II do CPC ou nos depósitos recursais do processo do trabalho. Entender de outro modo é aceitar uma discriminação em relação àqueles

A mencionada garantia é reafirmada no, artigo 3º Novo CPC quando assegura que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

Nesse mesmo compasso, o art. 8º do Novo CPC prevê que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”<sup>21</sup>.

Lembramos, ademais, que o princípio em destaque se dirige ao legislador, aos membros do executivo, judiciário e aos próprios jurisdicionados<sup>22</sup>.

Aliás, o acesso ao Judiciário figura não só como um meio de se buscar a aplicação do direito, mas como uma possibilidade da própria adaptação desse direito aos tempos de hoje<sup>23</sup>.

Assim, interesses e bens, que antes não eram protegidos, ou mesmo que o eram de forma insuficiente, e que hodiernamente passaram a incorporar maior interesse e importância por parte do povo, poderão ter sua proteção amplificada com a interpretação atual do direito, atenuando, por conseguinte, o descompasso rítmico entre a dinâmica social e a estática legal.

Em relação ao objeto de proteção, o aludido princípio tem amplo alcance, pois tutela, não só a lesão, mas a mera ameaça de lesão a direito, permitindo acesso ao judiciário para todos que vejam seus direitos ameaçados<sup>24</sup>.

Além disso, o acesso à justiça está contemplado em vários dispositivos do Novo CPC.

Nota-se, por exemplo, expressa previsão de que a petição inicial não será indeferida quando a parte autora não conseguir qualificar de modo completo o réu, se a obtenção de informações sobre o réu tornar impossível, ou, ainda, se excessivamente oneroso o acesso à justiça. (art. 320, § 3º).

No mesmo sentido, o Novo CPC, prevê que a cooperação internacional deverá observar a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados (art. 26, II).

---

que se sentissem prejudicados em relação a sentença.” PORTANOVA, Ruy. *Princípios do Processo Civil*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

21. Como já destacamos, tentar para tal fato é fundamental para que não se incorra em erro ao entender que o simples acesso corresponde à verdadeira preservação do direito.
22. Limitando a própria legislador e o absolutismo da lei, o princípio permite que o judiciário seja um revisor da própria legislação, alijando as normas que não se coadunam com a realidade social do seu tempo e os anseios de seu povo, instrumentalizando-se contra leis anacrônicas que tismam valores anteriormente não protegidos pelo direito.
23. Poder-se-á dizer que o acesso ao judiciário serve verdadeiramente de elemento de adaptação aos tempos democráticos.
24. De fato, um dos grandes objetivos deste princípio é proteger a população contra a arbitrariedade do Estado, evitando que esse, no intuito de favorecer a si próprio, limite ou restrinja o acesso do jurisdicionado ao seu direito. Em que pese já tenhamos dito que o princípio tem como destinatários não só o Estado, mas também o povo, há que se considerar que é naquele que se encontra o maior número de seus destinatários. Dessa forma, repudia-se qualquer ato de agentes públicos que busque sufocar, ou mesmo diminuir o acesso ao Poder Judiciário.

A despeito do exposto, temos de assinalar que o Princípio da Inafastabilidade sofre algumas limitações por parte de outros princípios, como o princípio da utilidade, do escopo e da efetividade do processo.

Neste ponto, se é certo que o escopo precípua do processo é a pacificação social com justiça, aplicando-se efetivamente o direito, só se pode reclamar a acesso ao Judiciário se efetivamente for possível atingir aquele desiderato processual<sup>25</sup>.

Por esta perspectiva, ponderamos que, considerando a substitutividade e a inércia, o exercício da jurisdição deve ser reclamado apenas quando existir pelo menos um latente conflito de interesses ou uma exposta ameaça a direito.

Em outros termos, o Estado, por meio da jurisdição, só se deve fazer presente nas relações pessoais, invadindo a liberdade de agir, e conseqüentemente, limitando a vontade da parte, quando realmente se fizer necessário.

Aliás, num contexto republicano e democrático a atuação do Estado perante os particulares deve ser exceção, diante da regra da liberdade. Naturalmente se pretendemos evitar abusos temos de atentar para as pautas da razoabilidade<sup>26</sup>.

Consignadas estas ponderações, avançaremos ao apreço das questões que envolvem o processo e o princípio do devido processo legal.

#### 4.2. Princípio do Devido Processo Legal

Inicialmente atente-se para o fato de que o Princípio do Processo Legal<sup>27</sup> está relacionado ao processo, enquanto instrumento utilizado pelo Estado para o exercício da atividade jurisdicional, tendo por escopo principal a pacificação social, com efetiva aplicação da justiça<sup>28</sup>.

Desde logo, vale notar que a doutrina divide o devido processo legal em devido processo legal material e processual, sendo que aquele se dirige às normas de direito material, enquanto este ao próprio processo judicial.

---

25. Não haverá incidência do princípio caso não se verifique sequer ameaça ao direito, ou quando se notar que o processo não se prestará ao fim a que se destina (princípio da utilidade). Por isso, diletantismos e vaidades, quando ausentes potenciais ameaças ou violações a direito, devem ser rechaçadas.

26. O Estado deve permanecer inerte quando se age nos limites da soberania individual, projetada nos aspectos dos direitos disponíveis, suprimindo-a somente quando o seu exercício invadir os interesses maiores da soberania coletiva, notadamente presente nos interesses indisponíveis. Sua atuação tem de ser direcionada ao equilíbrio social, principalmente nas causas em que houver desproporção entre direitos e a instalação de conflitos entre seus jurisdicionados como, v.g., quando exerce o dirigismo contratual ou quando age na proteção de direitos difusos. No mais, reclamar intervenção estatal por meio do exercício desnecessário da jurisdição é mais do que banaliza-la, é verdadeiramente abrir precedentes para abusos contra a liberdade dos cidadãos, há muito, foram sepultados juntamente com os governos totalitários e ditatoriais.

27. Outros princípios decorrem do devido processo legal. Lembre-se, dentre outros, dos princípios do contraditório, da ampla defesa, da defesa global, da publicidade, da finalidade, do prejuízo, da busca da verdade e da licitude da prova, além do impulso oficial (o juiz é mais interessado no deslinde da demanda que as próprias partes, esse procura por fim ao processo da forma mais célere e justa, mesmo que as partes permaneçam inertes).

28. Assumindo caráter notadamente público, atualmente o Processo é considerado um dos instrumentos mais valiosos para a manutenção do Estado Democrático de Direito. Contudo, sua utilização deverá ser orientada por princípios, destacando-se o Princípio do Devido Processo Legal.

A propósito do tema são destacáveis as contribuições do Prof. Nelson Nery Jr., para quem a cláusula do ‘due process of law’ não indica somente a tutela processual, como à primeira vista pode parecer ao intérprete menos avisado. Tem sentido genérico, como já vimos, e sua caracterização se dá de forma bipartida, pois já o ‘substantive due process’ e o procedural process, para indicar a incidência do princípio em seu aspecto substancial, vale dizer, atuando no que respeita ao direito material, e, de outro lado, a tutela daqueles direitos por meio do processo judicial administrativo<sup>29</sup>.

Ressalte-se que Novo CPC deixa clara a submissão de todo o processo ao princípio do devido processo legal quando, logo em seu art. 1º, dispõe que *“o processo civil será ordenado e disciplinado conforme as normas deste Código”*.

Mesmo na cooperação internacional entre juízes submetidos a outros ordenamentos jurídicos, o Novo CPC é explícito em dizer que não se pode abrir mão do devido processo legal. Repare, inclusive, que no art. 36, preconiza que o procedimento da carta rogatória perante o Superior Tribunal de Justiça é de jurisdição contenciosa e deve assegurar às partes as garantias do devido processo legal.

Vencidas as questões referentes ao princípio do devido processo legal, prosseguimos nossas reflexões com as discussões sobre a jurisdição e o princípio do juiz natural.

### 4.3. Princípio do Juiz Natural

O Princípio do Juiz Natural está relacionado com a atividade jurisdicional do Estado. Aliás, esta relação bem pode ser traduzida pelas autorizadas palavras de Athos Gusmão Carneiro, por ocasião das suas discussões sobre jurisdição e competência, ensina que a atividade jurisdicional é ‘indeclinável’, e somente pode ser exercida, caso a caso, pelo ‘juiz natural’. Taxativamente proibidos que são, pela Lei Maior (art. 153, § 15), os ‘foros privilegiados’ e os ‘Tribunais de exceção’, a jurisdição somente pode ser exercida por pessoa legalmente investida no poder de julgar, como integrante de algum dos órgãos do Poder Judiciário, previstos no art. 112 da Constituição: Supremo Tribunal Federal, Tribunal Federal de Recursos e juízes federais, Tribunais e juízes da Justiça Militar Federal e Estadual, Tribunais e juízes do Trabalho, Tribunais e juízes eleitorais, Tribunais e juízes estaduais<sup>30</sup>.

Considerando que o nosso trabalho tenciona uma abordagem mais contundente do princípio em epígrafe, iniciaremos nossas reflexões com a apreciação da própria jurisdição.

29. NERY JR., Nelson, Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004.

30. CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e competência: exposição didática. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1983.

### 4.3.1. *Jurisdição*

A Jurisdição é função que surge da soberania estatal, da própria vontade do povo, como parte do pacto social<sup>31</sup>. Traduzida como *juris dictio*, pressupõe dizer o direito, aplica-lo concretamente aos jurisdicionados<sup>32</sup>.

Através da Jurisdição<sup>33</sup>, mais notadamente pela sua característica de substitutividade, o Estado, visando afastar a sobreposição do forte sobre o fraco, e garantir a igualdade entre seus membros, retira-lhes a possibilidade de agir, suprimindo a justiça privada, a qual passa a ceder passo à justiça pública, exercida por um juízo previamente constituído, imparcial e independente que representa esse Estado, seguindo a linha de um constitucionalismo de vanguarda que visa a garantir a todos o pleno acesso à uma ordem jurídica justa<sup>34</sup>.

- 
31. Luis Antonio Longo, lembrando a doutrina italiana discorre sobre o tema: “Luigi Luchini, em obra escrita no início do século, assegurava que para a jurisdição ser considerada legítima deve ser: a) legal, no sentido de que não se poderá derogar a organização judiciária senão por força de uma lei; b) positiva e indeclinável, afirmando que ninguém pode se subtrair à jurisdição exceto nos casos previstos em lei; c) inalterável, no sentido que uma vez que firmada pela lei, não possa modificar-se o juiz natural...O terceiro conteúdo dessa garantia diz respeito ao plano da imparcialidade. Aliás, a própria legislação processual, por intermédio das exceções, objetiva resguardar tal princípio por meio de mecanismos destinados a resolver questões que visem a evitar a prestação de atividade jurisdicional por juiz impedido ou suspeito...A garantia de ordem taxativa de competência, assegura a pré-constituição dos órgãos e agentes excluindo qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja. Eventual modificação de competência deve estar prevista em leis anteriores ao fato...Dessa maneira, vê-se que o juiz natural consiste em um dos elementos indispensáveis para a consumação do devido processo legal. Aliás, oportuna a lição de Vigoritti ao afirmar que: ‘a igualdade e contraditório das partes perante o juiz; pré-constituição por lei do juiz natural; sujeição do juiz somente à lei; proibição de juízos extraordinários ou especiais e, finalmente, a independência e imparcialidade dos órgãos jurisdicionais, consistem nos principais elementos do due process of law...Portanto, conforme acima demonstrado, a gênese da garantia do juiz natural encontra-se atrelada à própria existência do estado democrático de direito e do livre exercício da jurisdição, abstraindo-se de sua origem qualquer conteúdo capaz de violar direitos naturais inerentes a todos os cidadãos. Bem como qualquer idéia centralizadora e ilimitada do exercício dos poderes do estado sobre os jurisdicionados; tudo isso centrado e voltado à vontade geral. A ausência do juiz natural é sinônimo de violento retrocesso sociopolítico, inviabilizando o exercício do poder estatal, especialmente a Jurisdição. A autonomia do juiz em relação aos demais poderes passou por lenta e gradual evolução, até chegarmos à pacífica conclusão da absoluta necessidade de que seja dada ao juiz a autonomia em relação aos demais poderes. Autonomia essa que, hodiernamente, se constata não dizer respeito somente ao exercício da jurisdição, mas constitui-se sinônimo de garantia a todos os jurisdicionados.” LONGO, Luís Antônio. As garantias do cidadão no processo civil: relações entre constituição e processo, págs. 37-41, 44, 50. org. Sérgio Gilberto Porto. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
32. No magistério de Humberto Theodoro Júnior, “só pode exercer a jurisdição aquele órgão a que a Constituição atribui o poder jurisdicional. Toda origem, expressa ou implícita, do poder jurisdicional só pode emanar da Constituição, de modo que não é dado ao legislador ordinário criar juízes ou tribunais de exceção, para julgamento de certas causas, nem tampouco dar aos organismos judiciários estruturação diversa daquela prevista na Lei Magna.” JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
33. Além disso, em sintonia com o princípio da separação dos poderes, a jurisdição é exercida de forma típica pelo Poder Judiciário, enquanto que as atividades legislativa e executiva são exercidas pelos Poderes Legislativo e Executivo respectivamente. Essa divisão não impede que a jurisdição seja exercida pelos Poderes Legislativos e Executivo, oportunidade na qual estarão exercendo suas funções de forma atípica, v.g. quando o legislativo processa seus membros, ou quanto o executivo em sede de processo administrativo demite um funcionário público.
34. Nesta ocasião, é oportuno advertir que o direito, tomado por normas e orientações de conduta que regulam uma determinada sociedade, num determinado momento histórico, não é formado tão somente por normas

No que diz respeito ao tema, dispõe o Novo CPC, no seu artigo 13, que a jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte.

No entanto, é relevante ponderar, sobre esta questão, que, comumente, a norma jurídica não passa de uma sombra pálida daquilo que se pretende proteger. Muitas vezes ela está fechada por cortinas retóricas, tecidas por habilidosos alfaiates das palavras, porém carecedores de sensibilidade perceptiva para sentir os reclamos sociais. Assim não permite que o intérprete enxergue além desses espessos véus e, por conseguinte, apreenda seu verdadeiro valor. Neste caso, deve o operador valer-se de outros elementos, que não o simples texto da lei, para que tenha acesso ao espírito que anima e habita a norma.

Logo, acreditamos que a Jurisdição deve ser entendida como a dicção do direito compreendido da forma colocada – não como conjunto normativo legalizado, mas, sobretudo, como a verdadeira projeção dos valores sociais habitantes da norma<sup>35</sup>.

Feitas estas colocações, seguimos ao cotejo das questões que envolvem o princípio do juiz natural e dos demais princípios dele decorrentes.

#### ***4.3.2. Princípio do Juiz Natural e os demais Princípios que dele decorrem***<sup>36</sup>

Previsto expressamente no artigo 5º, inciso XXXVII da CF, o princípio do juiz natural<sup>37</sup>, também chamado de princípio do juiz constitucional ou princípio da neu-

---

jurídicas, decorrentes do poder legislativo do Estado; seu alcance vai além. Logo, de acordo com o que defendemos, o direito operado pela atividade jurisdicional deve ser reconhecido como um conjunto de valores que, normatizados ou não, são eleitos pela sociedade como legítimos à proteção do Estado. Nota-se, nesse sentido, que, segundo Miguel Reale, o direito é constituído de fato, valor e norma. Quem exerce a atividade jurisdicional deve sufocar qualquer voz que se eleve para defender a atenção exclusiva à norma, olvidando-se da sua essência e dos clamores e valores sociais que a compõem.

35. Ao exercer a Jurisdição, o Estado não deve simplesmente aplicar a norma fria, indiferente para o momento histórico que se passa ou mesmo sem se ater às particularidades da questão que se discute em juízo.
36. Advertimos que são serão considerados princípios ligados diretamente à jurisdição, decorrentes lógicos do Princípio do Juiz Natural os seguintes princípios: da Inércia da Jurisdição; da Independência; da Imparcialidade; da Investidura; da Aderência ao Território; da Indelegabilidade; da Indeclinabilidade, da Inevitabilidade; da Perpetuatio Jurisdictione; da Vinculação do Juiz aos Fatos da Causa e ao Pedido da Parte, também chamado de Princípio da Congruência; do Iurii Novit Curia; da Identidade Física do Juiz; do Livre Convencimento; da Motivação e da Persuasão Racional. Os princípios mencionados serão analisados em tópicos apartados, sem a pretensão de esgotar o tema. É preciso advertir que em se tratando de princípios, dada sua generalidade, muitas vezes nos deparamos com alguns que alcançam diversos institutos do processo. Assim, a eleição dos princípios em estudo, ligando-os ao conceito de jurisdição, Princípio do Juiz Natural e demais princípios, se deu no intuito de sistematizar o estudo para melhor esclarecimento do tema, sendo certo que esses princípios poderão estar ligados a outros temas, como processo ou ação, do mesmo modo que os princípios diretamente ligados aos conceitos de ação ou processo possam obter alcance à jurisdição. Será dado destaque aos princípios Livre Convencimento, da Motivação e da Persuasão Racional, em virtude da sua maior intimidade com a sentença e seu prolator, onde a Jurisdição efetivamente se externaliza. Dessa forma, esses três princípios serão tratados em tópicos apartados, precedidos de breves comentários sobre a sentença e a pessoa do juiz.
37. Por ocasião de comentários sobre o tema, José Frederico Marques ponderou que a jurisdição pode ser exercida apenas por órgão previsto na Constituição da República: é o princípio do juiz natural ou juiz constitucional. Considera-se investido de funções jurisdicionais, tão-só, o juiz ou tribunal que se enquadrar em órgão judiciário previsto de modo expresso ou implícito, em norma jurídico-constitucional. Há previsão expressa quando

tralidade, tem como objeto principal a vedação da criação de tribunais ou juízos de exceção, ou seja, criados após a ocorrência do evento que será julgado, para julgar um determinado evento específico e individuado, bem como prevê que só poderá exercer a jurisdição em nome do Estado as pessoas que esse atribuir a competência para tanto<sup>38</sup>.

Por seu caráter garantístico o princípio do juiz natural reclama interpretação extensiva. Dessa forma, seu alcance se projeta não só à vedação da criação de tribunais de exceção, mas indica, inclusive, a necessidade de previsão constitucional expressa de todas as competências para o exercício da atividade jurisdicional<sup>39</sup>.

Além de sua previsão constitucional, no artigo 5º, inciso XXXVII, o juiz natural também é homenageado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1947 em seu artigo 10, o qual prevê que *“todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”*.

Convém acentuar, a propósito, que não afronta este princípio a previsão legal que versa sobre substituição de juizes, prorrogação de competência e desaforamento<sup>40</sup>.

Por isso, no nosso sentir, a previsão contida no novo CPC sobre o incidente de resolução de demanda repetitiva não parece afrontar o princípio do juiz natural, notadamente porque refere-se à mera modificação de competência do juiz de primeiro grau ao Tribunal<sup>41</sup>.

---

a Constituição exaure a enumeração genérica dos órgãos a que está afeta determinada atividade jurisdicional. Há previsão implícita, ou condicionada, quando a Constituição deixa à lei ordinária a criação e estrutura de determinados órgãos. MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1976.

38. Ada Pellegrini Grinover assinalou que, mais do que direito subjetivo da parte e para além do conteúdo individualista dos direitos processuais, o princípio do juiz natural é garantia da própria jurisdição, seu elemento essencial, sua qualificação substancial. Sem o juiz natural, não há função jurisdicional possível. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. Revista de Processo, v. 29, jan./mar-1983
39. Sobre o princípio do juiz natural, Ada Pellegrini Grinover, argumenta que a garantia reúne também a proibição de "subtrair o juiz constitucionalmente competente e desse modo, desdobra-se em três conceitos: a) só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; b) ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; c) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja." GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
40. Ada Pellegrini Grinover adverte que não viola o juiz natural 'meras modificações da competência entre os diversos órgãos da justiça comum'. Contudo, seria afrontoso ao princípio modificar a competência de casos pendentes iniciados na justiça comum em favor da justiça especializada criada pela Constituição. Nessa hipótese, o novo órgão judiciário só atenderia casos futuros. Com apoio em doutrina estrangeira, justifica a posição entendendo que o princípio do juiz natural limita a esfera do cãnone (tempus regit actum) segundo o qual a lei do processo consiste nas normas vigentes no momento em que se procede." GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
41. Dispõe o art. 988, do Novo CPC: "Art. 988. É admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando, estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito. § 1º O incidente pode ser suscitado perante tribunal de justiça ou tribunal regional federal. § 2º O incidente somente pode ser suscitado na pendência de qualquer causa de competência do tribunal. § 3º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente do tribunal: I – pelo relator ou órgão colegiado, por ofício; II – pelas partes, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela pessoa jurídica de direito público ou por associação civil, por petição. § 4º O ofício ou a petição a que se refere o § 3º será instruído com os documentos necessários à demonstração

Deixados estes esclarecimentos, daremos curso às nossas ponderações com a análise do princípio da inércia da Jurisdição.

#### **4.3.2.1. Princípio da Inércia da Jurisdição**

No que se refere ao princípio da inércia, inicialmente, ressaltamos que a Jurisdição, considerada como a aplicação do direito ao caso concreto, tem caráter substitutivo, ou seja, salvo em algumas hipóteses expressamente previstas, é defeso a qualquer do povo agir com sua própria força. Logo, o exercício da jurisdição exige provocação do interessado<sup>42</sup>.

Nesse sentido, o Novo CPC prevê que: “*Art. 2º. O processo começa por iniciativa da parte, e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei*”.

Além do caráter substitutivo da jurisdição, a atuação do Judiciário deve ser subsidiária na solução dos conflitos.

Sobre este ponto, nota-se que o Novo CPC mantém o interesse de agir como condição da ação, quando prevê em seu art. 17 que “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”.

Assim, a necessidade da ação judicial continua sendo elemento de grande importância, já que reserva ao judiciário apenas situações em que a solução extrajudicial é impossível, quer por disposição de lei, quer pela vontade das partes.

Quanto à solução extrajudicial de conflito, o Novo CPC privilegia a audiência de tentativa de conciliação, a qual passa a ser anterior ao oferecimento da contestação. E determina que “Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.” (art. 166).

Ademais, o Novo CPC também prevê que “a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.” E que “a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à

---

do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente. § 5º A desistência ou abandono da causa não impedem o exame do mérito do incidente. § 6º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e poderá assumir sua titularidade em caso de desistência ou abandono. § 7º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade, não impede que, uma vez presente o pressuposto antes considerado inexistente, seja o incidente novamente suscitado. § 8º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva. § 9º O incidente pode ser instaurado quando houver decisões conflitantes sobre mesma questão de fato.”

42. Dessa forma, veda-se qualquer atuação do juízo de ofício, antes de ser provocado (ne procedat iudex ex officio), não se admitindo juiz sem autor (nomo iudex sine actore). Outrossim, a vedação da instauração de ofício do processo busca assegurar a própria imparcialidade da jurisdição, presumindo-se que caso o juízo pudesse agir de ofício pra instituir o processo, esse teria interesse inclinado para uma das partes.

autocomposição, não ofende o dever de imparcialidade”. Ainda prevê que “a mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais” (art. 167, caput e §§ 3º e 4º).

Por fim, cumpre-nos ressaltar que em alguns casos excepcionais a aplicação do princípio sofre algumas limitações, como v.g., no processo de execução o juiz pode de ofício extinguir o processo se verificar a ocorrência da prescrição.

Perceba-se, contudo, que, no Novo CPC, inobstante o Judiciário aja de ofício na declaração de ocorrência da prescrição, a sua atuação só correrá após ouvidas as partes (§ 4º do art. 937).

No mesmo sentido, preconiza o art. 10 do Novo CPC que em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício.”

Além disso, quando se trata do uso do poder geral de cautela do juiz, o princípio da efetividade da tutela de urgência pode preponderar ao princípio da inércia da jurisdição. O mesmo se pode dizer da produção de prova, tendo em vista que o juiz, como destinatário da prova, pode estabelecer, de ofício, os supostos fatos que cada parte deve provar.

No Novo CPC, a questão está disciplinada no art. Art. 377 quando diz que caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.”

Todas essas exceções decorrem da necessidade de se ter um Judiciário atuante, verdadeiro defensor da ordem social. Atendendo aos princípios maiores, como do Estado Democrático de Direito e da Dignidade da Pessoa Humana, o juízo não só pode como deve assumir uma posição ativa na realização dos direitos que decorrem desses princípios<sup>43</sup>.

Ultrapassadas estas questões, seguimos ao princípio da independência.

#### **4.3.2.2. Princípio da Independência<sup>44</sup>**

Para que o Princípio do Juiz natural prevaleça, necessário se faz que o juízo ao qual se subordina uma pretensão seja incólume a qualquer influência externa, seja de particulares, do Estado, representado por outros poderes, ou ainda mesmo contra influencias que decorram dos próprios órgãos do Poder Judiciário<sup>45</sup>.

43. Essa posição ativa do juiz se dá de forma mais clara após a sua provocação, quando deverá obrigatoriamente dar seguimento ao processo até ao final, independente da vontade das partes.

44. Previsto expressamente na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1978, no seu artigo 10 (toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações para exame de qualquer acusa...), o Princípio da Independência decorre diretamente do Princípio do Juiz Natural, sendo o próprio reflexo de suas premissas.

45. A importância da independência se faz presente não só em relação aos particulares que tencionam pressionar o Judiciário a agir de acordo com esses interesses, mas, principalmente, em relação à chamada opinião pública.

Assim, a independência é uma garantia que toca diretamente o Poder Judiciário, permitindo que esse exerça a sua função de forma independente, projetando seus efeitos no próprio cidadão, que se vê protegido contra um poder vulnerável a influências externas<sup>46</sup>.

Sobre este mote, acrescenta-se, que Judiciário, entre todos os poderes, é o único que não se submete ao controle dos demais<sup>47</sup>.

De outro turno, uma leitura desavisada e superficial do artigo 3º da CF, o qual dispõe sobre a independência e harmonia dos poderes entre si, somada ao controle externo dos poderes uns sobre os outros, poderá levar os menos iluminados à sombra do equívoco, fazendo-se entender de forma errônea pela relativização desse princípio<sup>48</sup>.

Todavia, a questão deve ser vista com certa cautela, voltando-se os olhos aos princípios informativos que alicerçam o Estado Democrático de Direito<sup>49</sup>.

---

Esta é uma massa abstrata de pessoas que, muitas vezes desconhecedoras dos pormenores que orbitam o caso concreto, carregadas de paixões que lhes alteram a verdadeira percepção, clamam por posicionamentos e posturas jurisdicionais que não se coadunam com o justo, o ético o moral. Não nos olvidemos da imprensa que, não obstante tenha um papel indisponível para com a manutenção da democracia, muita vez se presta, ainda que involuntariamente, à canalização de pretensões antirrepublicanas.

46. Com efeito, o órgão judicante deve estar isento, incólume, inviolável a essas pressões, pois a sua independência pressupõe assento na justiça, na razão e nos valores maiores que compõem a sociedade. Entretanto, é importante advertir que o julgador, seja ele órgão singular ou colegiado, é formado por homens, que por viverem em sociedade adquiriram e somatizaram valores e concepções sobre o justo. Esses julgadores, enquanto submetidos à condição humana, por vezes são auxiliares das suas emoções, carregadas de humanismo. Portanto, se não estiverem muito atentos para o escopo da função que por eles é exercida podem acabar conduzidos às sendas do erro. De qualquer forma, seria sofismático falar em hermetismo absoluto do julgador, pois os valores que habitam o juiz não deixam de sombrear a independência do exercício jurisdicional. A despeito disso, fosse a independência estendida a esse ponto, far-se-ia do julgador um frio aplicador dor da lei, tergiversador da realidade, a qual deve obrigatoriamente ser levada em conta para uma justa decisão.
47. Acentuamos que a independência dos Poderes não passa de uma ficção jurídica criada pelo constituinte para facilitar a atuação do Estado. A propósito desta questão note-se que não há separação de poder, há sim separação de funções, pois todas as manifestações de vontade reportam-se a um querer único do povo, que emana do seu poder. Malgrado o poder do Estado seja uno e decorrente da soberania do povo, a forma do seu exercício é fragmentada entre “Poderes” e seus respectivos órgãos, cada qual exercendo parcela desse poder. Cada um desses “poderes” exerce, portanto, funções. Essas funções podem ser típicas, como o exercício da jurisdição pelo Judiciário, da Legislação pelo Legislativo e da Administração pelo Executivo, ou atípicas, quando um poder exerce a função típica de outro, v.g., quando o executivo lança medidas provisórias, exercendo verdadeira função legislativa, ou quando o Judiciário administra seus órgãos, exercendo função típica do Executivo, ou, ainda, quando o legislativo julga seus membros por crime de responsabilidade. A independência, portanto, é instrumental e refere-se ao exercício das funções típicas de cada Poder. Essa independência, que não é absoluta, mas sim relativa, decorrente da harmonia entre si dos Poderes, admitindo-se que cada um deles exerçam atividades de outros poderes, como já mencionado no exercício das funções atípicas.
48. Diante do caráter de inalienabilidade e indisponibilidade desse princípio, que se desdobra em verdadeira garantia, não se admite qualquer entendimento ou interpretação que lhe diminua o alcance, pois elemento endogênico do próprio Estado e suas garantias mais valiosas.
49. Com isso afastam-se violações à independência e harmonia dos Poderes, além de tentativas de abusos articulações para o favorecimentos de grupos políticos e econômicos. Deve-se deixar bem claro, ademais, que qualquer controle que se projete sobre o judiciário deve se liminar às questões de organização e diretrizes políticas, repudiando-se qualquer interferência que dirá respeito à atividade Jurisdicional no seu sentido estrito.

Nunca é sobejado reiterar que o princípio da independência é irrenunciável no que diz com o efetivo exercício da jurisdição, sob pena de se violar de forma irreparável o próprio princípio do juiz natural, e próprio Estado de Direito.

Porém, o princípio da independência, a partir de uma visão mais contemporânea do processo, não pode significar que os órgãos jurisdicionais inferiores estão completamente livres e desobrigados a seguir o entendimento predominante dos órgãos jurisdicionais superiores.

Significa dizer que o princípio da independência deve ser harmonizado com o Princípio da Igualdade e com o Princípio da Celeridade. Isso porque o jurisdicionado tem direito a segurança jurídica das decisões judiciais, previsibilidade para suas condutas e o direito de ter respostas idênticas para casos idênticos<sup>50</sup>.

Além do mais, para que a jurisprudência não fique engessada, já que o direito é dinâmico e se apresenta sobre interpretações diversas em determinados contextos históricos da sociedade, em algumas situações excepcionais, por assim dizer, o juiz não poderá ficar adstrito ao entendimento dos tribunais, devendo julgar de acordo com a sua consciência e pautado nos valores compõem a sociedade naquele contexto, desde que fundamente pormenorizadamente, trazendo todos os porquês da interpretação divergente com a jurisprudência dominante, de modo a legitimar a dissonância de seu entendimento.

No Novo CPC, a matéria está disciplinada em diversos dispositivos, dentre os quais, podemos destacar, neste breve estudo, os seguintes:

A remessa necessária, também chamada de recurso de ofício, não mais existirá se a sentença estiver em consonância com a jurisprudência dominante. Nesse caso, prevê o art. 507 que 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 fiscal da Fazenda Pública. Fica estabelecido, também não se aplica estas disposições 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 recursos repetitivos; III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV – entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

---

50. Assim, em certa medida, parece-nos que o entendimento dos órgãos superiores se estiver consolidados em precedentes que gozem de legitimidade e alguma segurança em termos de estabilidade podem dar novos contornos ao princípio da independência, pois o juiz deve seguir a orientação dos órgãos jurisdicionais que lhe são superiores, desde que essa jurisprudência seja dominante e que tenha tese jurídica idêntica à do caso a ser julgado.

Já o art. 520 do Novo CPC, estabelece que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável. E que, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, os tribunais devem editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante<sup>51</sup>.

Pode-se notar que a orientação jurisprudencial consolidada em precedente irá prevalecer, de modo a conferir maior previsibilidade e segurança jurídica aos empresários e, assim, proporcionar o desenvolvimento do país. Neste ponto, o Novo CPC (Projeto de Lei 8.046/2010) apresenta diversos dispositivos que contribuem para a estabilização dos pronunciamentos jurisdicionais.

Sobre o tema, é bastante precisa a lição de José Miguel Garcia Medina, Alexandre Freire e Alonso Freire quando asseveram ser acertada a previsão do Novo CPC ao pres-

---

51. Neste mesmo compasso, o art. 521 do Novo CPC prevê que para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas: I – os juízes e tribunais seguirão as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os juízes e os tribunais seguirão os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos e os precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; III – os juízes e tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, e dos tribunais aos quais estiverem vinculados, nesta ordem; IV – não havendo enunciado de súmula da jurisprudência dominante, os juízes e tribunais seguirão os precedentes: do plenário do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional; da Corte Especial ou das Seções do Superior Tribunal de Justiça, nesta ordem, em matéria infraconstitucional; V – não havendo precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, os juízes e órgãos fracionários de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal seguirão os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nesta ordem; VI – os juízes e órgãos fracionários de tribunal de justiça seguirão, em matéria de direito local, os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nesta ordem. A modificação de entendimento sedimentado poderá realizar-se: I – por meio do procedimento previsto na Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando tratar-se de enunciado de súmula vinculante; II – por meio do procedimento previsto no regimento interno do tribunal respectivo, quando tratar-se de enunciado de súmula da jurisprudência dominante; III – incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou na causa de competência originária do tribunal, nas demais hipóteses dos incisos II a VI. Ademais, a modificação de entendimento sedimentado poderá fundar-se, entre outras alegações, na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida. A decisão sobre a modificação de entendimento sedimentado poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. O órgão jurisdicional que tiver firmado a tese a ser rediscutida será preferencialmente competente para a revisão do precedente formado em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, ou em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos. Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de precedente, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos. A modificação de entendimento sedimentado, sumulado ou não, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. Os efeitos previstos nos incisos mencionados decorrem dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado. Não possuem o efeito previsto nos incisos aludidos os fundamentos: I – prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão; II – não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão. O precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do caput deste artigo poderá não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa. Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

crever que os tribunais devem uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável, “*haja vista a necessidade de concretização dos princípios da legalidade, da segurança jurídica, proteção legítima da confiança e da isonomia*”<sup>52</sup>.

E advertem que: “*Porém, isso não significa que o projeto do novo Código de Processo Civil desconheça a capacidade de aprendizagem da realidade que não apenas o texto constitucional possui, mas também os diplomas infralegais, prescrevendo, no mesmo artigo, para as hipóteses em que a mudança de entendimento seja imperiosa, a necessidade de fundamentação adequada e específica, levando-se em conta os princípios da segurança jurídica, da confiança e isonomia*”.<sup>53</sup>

A seguir, cuidaremos do Princípio da Imparcialidade, que, em que pese a aparente tautologia, difere do Princípio da Independência.

#### **4.3.2.3. Princípio da Imparcialidade**

De início advertimos que o Princípio da Imparcialidade não se confunde com o Princípio da Independência.

Enquanto a independência refere-se à necessidade de se ter um juízo incólume e protegido às influências externas, a imparcialidade tem com a necessidade do juízo não possuir interesse pessoal, econômico ou moral em relação à demanda e aos elementos que a compõem.

Ademais, o princípio da independência tem caráter preponderantemente objetivo. Já o princípio da imparcialidade assume um caráter subjetivo, ligado à pessoa do juiz.

Com efeito, o juiz imparcial é aquele que ao julgar não tem interesse que ao deslinde da demanda alguma das partes obtenha vantagens ou desvantagens. Aliás, para o julgador deve ser irrelevante se o direito assista a uma ou outra parte, vale dizer, ele deverá apenas atribuir o direito aquele que o merece, independentemente de afinidades pessoais<sup>54</sup>.

É relevante marcar que imparcialidade não pressupõe uma letargia ou uma posição de passividade frente ao processo. Ao contrário, deve o órgão julgador, na condição de defensor dos interesses constitucionalmente assegurados, que dão sustentabilidade ao Estado Democrático de Direito, agir para garantir a efetividade dessas garantias, velando para que o processo seja um verdadeiro instrumento de distribuição da justiça.

A imparcialidade convive harmoniosamente com a atividade jurisdicional participativa do juiz. Aliás, participação ativa no processo deve ser interpretada como

52. MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; e FREIRE, Alonso. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: *Novas Tendências do Processo Civil. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm: 2013. p. 679-702.

53. MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; e FREIRE, Alonso. Op. Cit. p. 700.

54. Juiz imparcial é aquele que não pode ter interesse voltado ao benefício ou prejuízo de uma das partes, ou seja, não pode ter interesses alinhados com os interesses de um dos sujeitos da demanda.

condição que se insere no processo enquanto instrumento de caráter público, ou seja, indisponível ao arbítrio das partes.

Sobre o tema, Candido Rangel Dinamarco afirma que o processualista moderno sabe também que a imparcialidade não se confunde com a neutralidade axiológica, porque o juiz é membro da sociedade em que vive e participa do seu acervo cultural e problemas que a envolvem, advindo daí as escolhas, que, através dele, a própria sociedade vem a fazer no processo. Agindo como canal de comunicação entre o universo axiológico da sociedade e o caso concreto, o juiz não inova e não infringe o dever de imparcialidade<sup>55</sup>.

Logo, considerando-se o Processo como efetivo instrumento de caráter público, e rechaçando os posicionamentos neoliberais, refratários à participação do Estado nas relações privadas, defendemos que juiz não deverá assistir inerte ao desenrolar da relação processual.

Esse princípio é bastante visível no Novo CPC, notadamente no art. 167, ao prever que a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. Dispõe, ainda, que a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição, não ofende o dever de imparcialidade.

Da mesma forma, o art. 7º do Novo CPC, *assegura às partes paridade de tratamento no curso do processo, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório*.

Significa dizer que, sendo imparcial, o juiz não pode beneficiar uma parte em detrimento da outra, devendo trata-las com igualdade.

É o que estabelece o art. 139, inciso I, do Novo CPC: “*Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I – assegurar às partes igualdade de tratamento; (...).*”

Portanto, a presença de um juiz atuante e participativo não é somente uma necessidade, mas sim uma exigência à manutenção das garantias republicanas.

Dando sequência às nossas ponderações, avançaremos para a análise do princípio da investidura.

#### **4.3.2.4. Princípio da Investidura**

De acordo com este princípio só o juiz, regularmente investido no cargo, poderá exercer a Jurisdição. Ele complementa o Princípio do Juiz Natural e a própria imparcialidade, sugerindo a adoção de critérios para a assunção dos cargos.

A Jurisdição, como dito, é atividade exercida exclusivamente pelo Estado, que a exerce por meio do Poder Judiciário. Esse, por sua vez, é composto de membros que

---

55. Op. cit.

agem em seu nome e conseqüentemente em nome do próprio Estado. Assim, toda a pessoa física que age em nome do Estado deve estar legitimada para tanto. No caso da jurisdição, esta pessoa, é o Magistrado<sup>56</sup>.

A retributividade é condição da natureza humana, tudo que se recebe, tem-se urgência em retribuir, seja por vaidade em não querer ser devedor de um favor, seja por sentimento puro de gratidão.

Assim, é fundamental que o acesso ao judiciário se dê sem o auxílio de qualquer pessoa, senão das qualidades, méritos e valores daquele que ingressa. Facultar o acesso ao Judiciário ancorado somente em critérios subjetivos é abrir as portas para a arbitrariedade e conseqüentemente para o enfraquecimento da justiça.

Malgrado tenhamos exclusividade no exercício da jurisdição, o juiz poderá contar com auxílio de colaboradores<sup>57</sup>.

Nesse sentido o novo CPC prevê que para a resolução amigável do conflito o juiz pode contar com o auxílio de mediadores.

É o que dispõe o artigo 139 ao dizer que o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente, com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.

Cumpra-se notar que, embora não sejam propriamente investidos de poder jurisdicional<sup>58</sup>, os conciliadores e mediadores exercem um importante papel na composição, ou pelo menos na tentativa de composição, do conflito<sup>59</sup>.

À vista do que se colocou, neste momento, convém deixarmos algumas observações sobre o princípio da aderência ao território.

---

56. Note-se, por conseguinte, que todo agente público vincula-se formalmente ao Estado por meio da investidura. Os agentes públicos podem ser divididos em duas categorias: agentes políticos, cuja investidura se dá por eleitorado; e os funcionários públicos, cuja investidura se dá por nomeação ou por concurso público. Os juízes pertencem a essa segunda espécie de agentes públicos, ingressando, em regra, por meio de concurso público. Além do concurso público, os juízes podem ingressar na carreira pelo quinto constitucional ou por nomeação do poder executivo. Em qualquer dos casos haverá investidura e a legitimidade para exercer a Jurisdição.

57. Sobre a questão o artigo 149, do novo CPC prevê que são auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.

58. Pelo princípio em questão, a investidura do conciliador e do mediador se dará por nomeação ou por concurso público, na forma prevista na lei de organização judiciária de cada Tribunal.

59. Já o artigo 166, assinala que os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. A composição e a organização do centro serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça. Em casos excepcionais, as audiências ou sessões de conciliação e mediação poderão realizar-se nos próprios juízos, desde que conduzidas por conciliadores e mediadores. O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

#### 4.3.2.5. Princípio da Aderência ao Território

O Princípio da Aderência ao Território, também chamado de Princípio da Improrrogabilidade da Jurisdição, tem como efeito a limitação do alcance do Poder Jurisdicional a determinado espaço territorial<sup>60</sup>.

Apesar da unidade do poder, a Jurisdição, por seus órgãos, é exercida em determinados fragmentos territoriais.

Com efeito, há órgãos jurisdicionais que no exercício da atividade jurisdicional gozam de alcance pleno no território nacional, caso em que a sua competência territorial confunde-se com o próprio espaço territorial em que o Estado exerce a sua soberania, como é o caso dos Tribunais Superiores<sup>61</sup>.

No Novo CPC, a limitação territorial das decisões é prevista no art. 995, ao tratar do incidente de resolução de demandas repetitivas, estabelecendo que a tese jurídica acolhida no julgamento será aplicada (efeito vinculativo) a todos os processos que versem sobre idêntica questão de direito e tramitem na área de jurisdição do tribunal prolator da decisão (art. 995, caput e § 1º).

Também dispõem que havendo recurso para o Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal contra o acórdão do Tribunal local que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas, o julgamento de quaisquer dessas Cortes Superiores terá eficácia em todo o território nacional<sup>62</sup>.

Não obstante o exposto, temos de reconhecer que a setorização e divisão de territórios para incidência da eficácia de uma decisão judicial preserva a autoridade de cada órgão jurisdicional e a autonomia dos Estados membros da Federação<sup>63</sup>.

60. A Jurisdição, na condição de expressão da soberania do Estado, assim como essa, limita-se ao seu espaço territorial.

61. Por outro lado, há órgãos que têm uma limitação apenas regional, podendo inclusive alcançar mais de um Estado da federação como, v.g., os Tribunais Regionais Federais. Há, ainda, outros Tribunais que encontram limites no próprio limite territorial do Estado, como os Tribunais de Justiça. Outros juízos têm âmbito mais restrito, casos em que o exercício da jurisdição está limitado a um ou mais municípios como nas comarcas, sedes dos juízos de primeiro grau, ou mesmo nos casos em que a comarca é dividida em foros regionais.

62. O artigo 995, e seus parágrafos prevê que julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal. A tese jurídica será aplicada, também, aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do respectivo tribunal, até que esse mesmo tribunal a revise. Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão ou à agência reguladora competente para fiscalização do efetivo cumprimento da decisão por parte dos entes sujeitos a regulação. O tribunal, de ofício, e outros legitimados poderão pleitear a revisão da tese jurídica. Contra a decisão que julgar o incidente caberá recurso especial ou recurso extraordinário, conforme o caso. Se houver recurso e a matéria for apreciada, em seu mérito, pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem no território nacional. Julgado o incidente, a solução da questão fática será aplicada a todos os processos em que essa questão seja relevante para resolução da causa.

63. Compre notar, por outro turno, que a concentração e a unidade do Judiciário acarretaria diversos problemas, não só de ordem funcional, mas, sobretudo de ordem substancial. Em relação ao primeiro, porque o volume de demanda e de trabalho levaria inevitavelmente à lentidão e desorganização da prestação jurisdicional; em

Além do fato de a adstrição do juiz a um determinado espaço territorial possibilitar o seu avizinhamento com as particularidades e os pormenores que cercam o caso concreto, a limitação territorial facilita o acesso da parte ao órgão judicante, oportunizando uma maior integração do jurisdicionado.

Inclusive, notadamente quando se trata de demanda cuja matéria fática exige produção de prova pericial, testemunhal ou inspeção judicial, é imperiosa necessidade de se ter um julgador próximo dos elementos que compõem às lides que a ele se submetem comporta algumas exceções expressamente previstas no termo legal, mas que não são capazes de serem entendidas como relativizações do princípio em questão<sup>64</sup>.

Sobre o tema, o Novo CPC, no seu artigo 255, admite que, no caso de comarcas contíguas e de fácil comunicação, a realização de citações, intimações, notificações, penhoras, e quaisquer outros atos executivos, sejam realizados, independentemente da expedição de carta precatória.

Não fosse por todas essas justificações, há que se atentar, ainda, para o fato de que o Brasil é um país com uma grande diversidade cultural, de verdadeiras proporções continentais, portador dos mais diversos valores, sendo que, dependendo da região em que se situa o órgão julgador, é possível uma maior ou menor valoração interpretativa a determinadas um mesmo fato<sup>65</sup>.

Assinaladas as questões sobre o princípio da aderência ao território, cumpre-nos fazermos algumas colocações sobre o princípio da indelegabilidade.

#### **4.3.2.6. Princípio da Indelegabilidade**

De acordo com o princípio da indelegabilidade, o sujeito investido da competência jurisdicional não pode delega-la a outrem, exceto nos casos expressamente contemplados no texto constitucional<sup>66</sup>.

---

relação ao segundo, pois num judiciário centralizado haveria distanciamento do órgão julgador com relação à realidade submetida ao seu apreço.

64. Assim, admite-se mediante a expedição de carta rogatória ou precatória, que o juízo vinculado a um determinado território requeira a um juízo de outro território, no caso da primeira um juízo de outro estado estrangeiro e na segunda um juízo que pertença ao nosso estado, a realização de atos processuais.
65. O Judiciário, na condição de verdadeiro garantidor da manutenção dos corolários e ditames constitucionais, sujeito ativo na realização da justiça social, deve na solução do litígio aplicar o direito, entendido esse não só como o reflexo imóvel do texto legal, mas sim como o conjunto de valores e práticas que compõem o determinado grupo social. Não se deve, nem por um momento sequer, olvidar-se que a verdadeira lei é aquela legitimada pelo povo, vedando-se a aplicação ao concreto de uma lei ilegítima, ainda que em consonância com as formalidades legislativas, porém destoante dos valores do povo de seu tempo
66. O Princípio da Indelegabilidade deve ser entendido com auxílio das considerações já traçadas no tópico que tratou do Princípio da Investidura. Como dito, o Poder jurisdicional pertence ao Estado e por ele é exercido através de agentes políticos regularmente investidos nessa condição. Considerando que a delegação é do Poder que pertence ao Estado, o agente público ao qual esse Poder é delegado não o pode ceder a um terceiro, pois obviamente só se pode ceder o que se pode dispor. Como o agente não pode dispor daquilo que não lhe pertence, não pode delegar a outrem o exercício desse poder. Além disso, as delegações para o exercício do poder jurisdicional, chamadas de competência, são expressamente previstas na Constituição Federal, vedando-se qualquer modificação de caráter infra-constitucional.

Em que peso o colacionado acima, o Princípio da Indelegabilidade há de ser visto com razoabilidade e coerência, sob pena de ser-lhe atribuída uma extensão assoberbada<sup>67</sup>.

Logo, ele deve ter alcance somente aos atos decisórios, ou seja, aos atos que reflitam no exercício jurisdicional propriamente dito, e que não gerem prejuízo ou ônus às partes<sup>68</sup>.

Nesta linha de entendimento, o Novo CPC, no artigo 67, prevê que os órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive os tribunais superiores, têm o dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores.

O Novo CPC, no artigo 68, também estabelece que os juízes poderão formular entre si pedido de cooperação para prática de qualquer ato processual, sem necessariamente haver uma forma específica de cooperação, podendo ela ser, por exemplo, mediante: auxílio direto; reunião ou apensamento de processos; prestação de informações; atos concertados entre os juízes cooperantes; cartas de ordem, precatória e arbitral.

Ultrapassadas estas questões, neste momento, é oportuno projetar nossa atenção sobre o princípio da indeclinabilidade.

#### ***4.3.2.7. Princípio da Indeclinabilidade***

Pelo Princípio da Indeclinabilidade deve-se entender que ao juiz é vedado abster-se de manifestar-se acerca da demanda que lhe foi submetida.

Dessa forma, o julgador deve necessariamente manifestar-se sobre a pretensão do jurisdicionado, ainda que seja para declarar-se incompetente ou mesmo para extinguir o processo sem análise do mérito<sup>69</sup>.

É também chamado do princípio do *non liquet* (não existe), justamente referindo-se sobre a inexistência da possibilidade de o juiz abster-se de julgar.

Confirmando a mensagem do princípio, a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro e o próprio Código Civil, em seus artigos 4º e 126, respectivamente, prevêem que o juiz deverá julgar, ainda que não exista norma jurídica que disponha sobre o tema.

Assim, ausente uma norma jurídica que disciplina a questão, deve o juiz valer-se da analogia, dos costumes, dos princípios que informam o tema, dos princípios gerais do direito e dos próprios valores que considera como justos<sup>70</sup>.

67. Existem limitações expressamente previstas ao princípio da indelegabilidade. Por exemplo, nos casos das execuções dos julgados do STF, exercidas pelos juízes de primeiro grau, conforme previsão do artigo 101, inciso I, letra "m" da CF. Vale citar, ainda, os casos de delegação da competência da Justiça Federal à Justiça Estadual nos casos onde não há na comarca varas federais, ou ainda nos casos de execuções fiscais ou causas relativas a direitos previdenciários.

68. Assim, atos que não dizem respeito ao exercício estrito da jurisdição e que não causem prejuízo ou ônus às partes podem ser perfeitamente delegados pelo juiz aos serventuários ou a outros juízes em cooperação, viabilizando a celeridade da prestação jurisdicional.

69. Em síntese, juiz é dotado de um poder-dever de julgar, não sendo permitido abster-se desse ato.

70. A pertinência lógica dessa conclusão é irrefutável, considerando que nenhum ordenamento jurídico conseguirá ser exaustivo no tratamento das relações sociais, não só em virtude da imprevisibilidade das ocorrências de

A propósito, a lacuna é uma característica intrínseca a qualquer conjunto de normas reguladoras de uma sociedade, a normalização, mais notadamente a lei, nunca alcançará a sombra da realidade. A dinâmica social, promovida por um conjunto de seres humanos, cuja característica maior é a mutabilidade constante, até mesmo biológica, que dirá psicológica ou emocional, é inalcançável pelo direito, devendo o juiz, na condição de sujeito pacificador, agir como verdadeiro intérprete, integralizando, colmatando as normas e preenchendo seus vazios com a amálgama dos interesses sociais<sup>71</sup>.

Sobre o problema, o Novo CPC prevê, no seu artigo 4º que as partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Já no artigo 140, assinala-se que o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Deixadas estas notas, em continuidade aos nossos propósitos, trataremos, em seguida, do princípio da inevitabilidade.

#### **4.3.2.8. Princípio da Inevitabilidade**

De acordo com este Princípio, em síntese, os jurisdicionados submetidos ao exercício da Jurisdição não poderão livrar-se dos seus efeitos<sup>72</sup>.

É, portanto, inevitável ser atingido pelos efeitos que decorrem da prestação jurisdicional, sendo certo que a parte deverá a ela submeter-se independentemente de sua vontade<sup>73</sup>.

Questão interessante, neste aspecto, é a que se refere à nomeação à autoria<sup>74</sup>. Alguns sustentam que haveria relativização do mencionado Princípio nos casos de nomeação à autoria, quando o nomeado não aceita a nomeação.

---

situações, mas, principalmente, em virtude do dinamismo dessas relações, em contrapartida à estática condição normativa.

71. Há que se decantar as águas turvas do ordenamento jurídico para fazer com que a atividade jurisdicional vá além da simples aplicação da lei, tornando-se um verdadeiro instrumento de construção social e concretização da justiça.
72. Trata-se de princípio que decorre da condição pública e cogente da Jurisdição. Uma vez provocado o Poder Judiciário, como já dito no tópico que tratou do Princípio da Indeclinabilidade, esse deverá obrigatoriamente se manifestar, sendo que essa manifestação atingirá, inevitavelmente, ambas as partes do processo.
73. Pondere-se que imposição da vontade da jurisdição, por outra face, encontra certo limite no que tange aos direitos materiais disponíveis discutidos no litígio. Assim, se o objeto da demanda referir-se a direito material, de interesse exclusivamente privado, as partes podem compor o litígio, seja transacionando, renunciando ou se submetendo à pretensão, caso em que o juiz, não poderá a isso se opor. De qualquer forma, a atividade jurisdicional será exercida, seja ao homologar o ato dispositivo da parte, seja ao extinguir o processo sem julgamento do mérito. Por outra banda, tratando-se de relação processual em que se discutam direitos que dizem para com o interesse público, o juiz não poderá deixar de impor a aplicação do direito, fazendo valer de forma inafastável o exercício jurisdicional, caso em que o princípio será aplicado na sua plenitude.
74. O Novo CPC não reproduziu o instituto da nomeação à autoria, previsto nos artigos 62 a 69 do CPC/73. Com razão entendeu-se que nomeação à autoria é um instituto desnecessário, que prolonga inutilmente o andamento processual. Conclui-se que quando o juiz verificar que o réu é mero detentor da coisa posta litígio, deve haver, simplesmente, a extinção do processo por ilegitimidade ad causam.

Com o devido acato, nesse caso, pensamos que não há que se falar em exceção ao princípio. Isso porque se nomeado não ingressou na relação jurídico processual, não se submeteu ao Poder jurisdicional do Estado. Portanto, só haveria relativização ao Princípio se o nomeado, ingressando na demanda, se recusasse a submeter-se aos efeitos da Jurisdição, o que lhe seria defeso.

Feitas estas ressalvas, para reforçar os esclarecimentos, sugerimos, nesta ocasião, o lançamento de breves notas sobre o princípio da *Perpetuatio Jurisdictione*.

#### 4.3.2.9. Do Princípio da *Perpetuatio Jurisdictione*

O Princípio da *Perpetuatio Jurisdictione* estabelece que, uma vez fixada a competência relativa<sup>75</sup>, ela não poderá ser modificada, ainda que haja uma alteração objetiva ou subjetiva do processo<sup>76</sup>.

O princípio visa a assegurar uma rápida e efetiva prestação jurisdicional, isso porque evita que o processo se submeta a vários órgãos jurisdicionais, de diferentes competências, de acordo com a ocorrência de modificações fáticas<sup>77</sup>.

Com relação ao tema, o Novo CPC, no seu artigo 54, prevê que a competência relativa poderá modificar-se pela conexão ou pela continência.

A grande novidade está na possibilidade de a ação continente ser extinta sem resolução de mérito, quando tiver sido proposta anteriormente.

Tal previsão está contida no art. 57 do Novo CPC e decorre da falta de interesse de agir.

Nota-se que se a segunda ação contém as mesmas partes, o mesmo pedido, e causa de pedir, por ser mais abrangente, não há necessidade, nem utilidade, do julgamento da primeira demanda.

Caso contrário, se a ação continente for posterior, haverá apenas reunião dos processos (arts. 55, § 3º e 56, Novo CPC).

75. A incompetência absoluta, ou seja, em razão da matéria ou da função, decorre do interesse público, pelo que não se prorroga. Nesse caso, se o órgão do Poder Judiciário ao qual foi submetido a demanda não for competente, ainda que a incompetência seja verificada após a propositura da demanda, ela deverá ser reconhecida. Já em se tratando de competência relativa, em razão do valor e do território, uma vez ajuizada a ação, ainda que em juízo incompetente, se a parte interessada não excepcionar o juízo, haverá prorrogação da competência. Aqui, se a parte, mesmo ciente da incompetência relativa do juízo, não o excepcionou, deixando precluir o prazo para tanto, haverá uma presunção de que aceitou a modificação da competência. Isso é possível, pois se trata de direito disponível, sobre o qual as partes podem transigir. Assim, e.g., a ação proposta no domicílio de um réu, ainda que esse mude de domicílio, a ação permanecerá no domicílio original.

76. Simplificadamente, competência é a medida de Jurisdição conferida a um órgão do Poder Judiciário. Essa limitação do exercício da jurisdição se divide em duas classes, competência absoluta ou relativa. Será absoluta a competência fixada em razão da matéria ou da função. Será relativa quando for fixada em razão do lugar ou do valor, salvo o chamado *foro rei sitae*, que impõe uma competência absoluta. Três aspectos envolvem o tema, os critérios de determinação de competência, a imutabilidade da competência, e a sua possibilidade de modificação ou prorrogação.

77. Assim não o fosse poder-se-ia dar oportunidade para o réu, arditosamente, manipular o andamento do processo, v.g., simplesmente com a sua mudança de domicílio.

Após o manejo das questões que versam sobre o princípio em questão, sugerimos, a título complementar, uma breve abordagem do princípio da Vinculação do Juiz aos Fatos da Causa.

#### **4.3.2.10. Princípio da Vinculação do Juiz aos Fatos da Causa**

O Princípio da Vinculação limita o alcance da atividade jurisdicional, no sentido de que veda ao juiz o conhecimento de fatos não trazidos ao processo pelas partes. De fato, revela-se um instrumento de efetiva garantia de limitação à ingerência do Estado nas questões de interesse privado<sup>78</sup>.

Perceba-se que o alcance deste princípio, em que pese a aparente semelhança com o Princípio da Adstrição do Juiz ao Pedido da Parte, previsto no artigo 459 e 460 do CPC/73, vai além, pois veda que o juiz conheça de atos estranhos aos discutidos em juízo, ainda que se limitando aos pedidos das partes.

Sobre este princípio o Novo CPC, prevê, no seu artigo 141, que o juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

Assim, *v.g.*, discutindo-se uma rescisão contratual por inadimplemento, o juízo, ainda que se limite a rescindir o contrato, não poderá examinar questões estranhas à ocorrência do inadimplemento.

A questão é conceituada por Humberto Theodoro como sendo o ponto de fato ou de direito sobre o que dissentem os litigantes, e que, por seu conteúdo, seria capaz de, fora do contexto do processo, formar, por si só, uma lide autônoma.<sup>79</sup>

Há que se lembrar, nesse mote, as disposições que tratam da devolução de matérias impugnada ao tribunal<sup>80</sup>.

78. Nelson Nery Jr., comentado o artigo 128 do CPC dispõe: “as questões de ordem publica devem ser conhecidas ‘ex officio’ (v.g., CPC 267, parágrafo 3º, 301, parágrafo 4º), independentemente de pedido da parte ou interessado. As questões de direito indisponível, como, por exemplo, as de família, de direitos difusos (meio ambiente, consumidor etc.), podem ser investigadas no processo de ofício. O juiz, por exemplo, pode declarar nula determinada cláusula contratual, mesmo sem a requisição da parte, e até contra a sua vontade, porque o vício da nulidade é proclamável de ofício. As questões de ordem publica podem ser consideradas, do ponto de vista prático, incluídas implicitamente no pedido. Só a nulidade do casamento não pode ser declarada de ofício, ‘incidenter tantum’ no processo, porque para tanto a lei exige expressamente a propositura da ação (RT 494/176). Exemplos de questões de ordem pública, declaráveis de ofício, a cujo respeito não incide a regra da congruência entre os pedidos e sentenças, não se colocando o problema da decisão extra, infra ou ultra petita: a) cláusulas abusivas nas relações de consumo (CDC 1º. E 51 caput); b) cláusulas gerais (CC 2035 par. ún.) da função social do contrato (CC421), boa-fé objetiva (CC422), função social da propriedade (CF 5º. XXIII e 170 III; CC 1228, parágrafo 1º), função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981; LSZ 116 par. ún. e 154 caput). Em suma, as matérias de ordem pública não se submetem ao princípio da congruência, de modo que o juiz deve decidi-las, ainda que não constem do pedido, decisão essa que não terá sido proferida nem ultra nem extra petita.” NERY JR, Nelson. Código de Processo Civil Comentado, pág. 337. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006.

79. JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

80. Entende-se como exceção ao princípio o conhecimento de ofício pelo juízo ou Tribunal, de matérias consideradas de ordem pública, ainda que estranhas ao objeto da demanda, exemplo disso é o caso das nulidades absolutas ou da prescrição. Tratando da questão, Ruy Portanova alerta para o risco da inflexibilidade da aplicação do

Note que o artigo 515, parágrafo primeiro, do CPC/73 prevê que a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. Porém, diz que serão objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

No Novo CPC, a matéria recebe redação um pouco distinta. O artigo 1.026 dispõe que apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. No entanto, serão objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado<sup>81</sup>.

É importante acentuar, no entanto, algumas limitações ao alcance do princípio, previstas no ordenamento jurídico.

Como exemplo pode-se citar o disposto no artigo 462 do CPC/73 ao admitir que se, fatos posteriores à propositura da ação, capazes de influir no julgamento da lide, podem ser tomados em consideração pelo juiz, de ofício, ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

O Novo CPC aprimora a regra supramencionada, na medida em que determina que o juiz ouça as partes sobre o fato novo, antes de decidir.

Repare que no seu artigo 504, há previsão expressa de que, se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao órgão jurisdicional tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão. Entretanto, ressalva-se que se constatar de ofício o fato novo, o órgão jurisdicional ouvirá as partes sobre ele antes de decidir<sup>82</sup>.

---

princípio “ a expressão o que não está nos autos não está no mundo, deve ser vista com reservas. O princípio da vinculação do juiz aos fatos trazidos pelas partes, de forma alguma desobriga o juiz a perquirir das conseqüências e circunstâncias sociais, políticas e econômicas que envolvem os fatos postos em lide. Um fato não está isolado no mundo, assim, como o direito só tem sentido quando conectado com uma visão interdisciplinar. Não se pode perder de vista o princípio da instrumentalidade e a vocação do processo moderno para o informalismo e a busca da verdade real. Assim, convém manter-se a tenção para não cair em dogmatismos e formalismos inúteis e vazios. A finalidade de princípios como este é preservar o contraditório e a ampla defesa. O intérprete, contudo, deve manter o espírito aberto para colher da realidade hipóteses que – sem afrontar princípios mais relevantes – oportunizam a abertura do processo para investigações mais pertinentes que, via de regra, só surgem no seu curso.” PORTANOVA, Ruy. Princípios do Processo Civil. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

81. O efeito devolutivo do recurso de apelação permite o conhecimento de fato não analisado pelo juízo a quo, mas que de todo modo foi trazido pelas partes ao processo. Assim, não há conhecimento de fato estranho ao processo pelo Tribunal, mas somente a análise fática não realizada pelo juízo de primeira instância.
82. Além disso, sobre o princípio da vinculação ao pedido da parte, também se verifica exceções, como a previsão do artigo 11 da Lei nº 4.717/65, que trata da ação popular, e que dispõe que o julgamento de procedência da ação popular, além de declarar a invalidade do ato, condenará os responsáveis pela prática do ato anulado, e os seus beneficiários, sem prejuízo de perdas e danos. Assim, ainda que o autor não tenha pedido, o juiz estará autorizado a aplicar a referida sanção. O mesmo se diga do contido nos artigos 290 e 293, in fine, do CPC/73, os quais, ao tratarem de prestações periódicas, dos juros, das custas, dos honorários advocatícios e da correção monetária, preceituam que o juiz poderá condenar o requerido ao pagamento desses, ainda que não postulado pelo autor. Além desses casos previstos em lei, a jurisprudência contempla casos de exceção ao princípio como,

Além disso, o Novo CPC prevê, no seu artigo 323, que o pedido da parte deve ser certo<sup>83</sup>, sendo que sua interpretação considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.

Outra novidade trazida pelo CPC, com relação à vinculação do juiz, diz respeito ao instituto da conversão da ação individual em ação coletiva.

Com efeito, o artigo 334 do novo CPC prevê que atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que: I – tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; II – tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, pela sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo<sup>84</sup>.

É importante notar que a conversão da ação individual em ação coletiva não será admitida quando já iniciada a instrução, pois pressupõe que o juiz está vinculado às provas já produzidas na ação individual.

Além disso, em quaisquer das hipóteses em que for admitida a conversão, será necessário que o autor adite ou emende a petição inicial. Assim, a ação coletiva convertida será uma nova ação totalmente distinta da primeira, pois serão outras partes e outro será o pedido, devendo o processo retomar o seu início.

Ultrapassadas as discussões propostas acima prosseguimos o enfrentamento do tema com algumas advertências sobre o princípio do *iuria novit curia*.

---

v.g., nas ações de alimentos propostas com fundamento no artigo 475-J do CPC/73, onde o juiz poderá se valer do procedimento assinalado no artigo 733 do mesmo diploma.

83. – compreendem-se, entretanto, no principal, os juros legais, a correção monetária e as verbas de sucumbência, inclusive os respectivos honorários advocatícios.

84. Em seus parágrafos o citado dispositivo assinala que: O requerimento de conversão poderá ser formulado por outro legitimado a que se referem os arts. 5º da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, e 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos. Não se admite a conversão, ainda, se: I – já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou II – houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou II – o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado. Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva. Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de quinze dias. O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte do legitimado para condução do processo coletivo. O autor originário não é responsável por qualquer despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo. Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo. A conversão poderá ocorrer mesmo que autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no caput, salvo quando ele próprio o houver formulado.

#### **4.3.2.11. O Princípio do *iuria novit curia***

Decorrente da máxima de que “o juiz conhece o direito”, esse princípio permite que o juiz aplique efetivamente o direito<sup>85</sup> ao caso concreto, independentemente de sua demonstração pelas partes<sup>86</sup>.

Com relação à presente questão, nota-se que o Novo CPC prevê que o juiz aplicará regras da experiência técnica, desde que não se trata de exame pericial. Por senso contrário, significa que as normas jurídicas serão aplicadas pelo juiz, independentemente de terem sido arguidas pelas partes.

Além disso, quando se tratar de norma estrangeira, municipal ou estadual, o juiz pode determinar que a parte que alegar prove o teor e vigência.

Nesse sentido o artigo 382, do Novo CPC estipula que o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.

Já o artigo 383, do mesmo projeto, prevê que parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar.

Dito isso, em sequencia, sugerimos breves esclarecimentos sobre o princípio da identidade física do juiz.

#### **4.3.2.12. Princípio da Identidade Física do juiz**

De acordo com este princípio, o juiz que tiver colhido a prova oral deverá ser o mesmo que julgará o demanda<sup>87</sup>. Logo, tem como objetivo principal a busca de uma decisão mais acertada, em compasso como os elementos probatórios colhidos no processo<sup>88</sup>.

Podemos apontar algumas exceções ao princípio em apreço, como nos casos de jurisdição voluntária, onde não há lide, além dos processos que envolvem os remédios constitucionais, ante a necessidade de dilação probatória por prova pré-constituída.

Para o propósito deste trabalho cumpre lembrar que o princípio será inaplicável, inclusive, nos casos de remoção, promoção ou aposentadoria do magistrado.

---

85. O Princípio refere-se ao direito, tridimensionalmente considerado. Assim, a cognição não se limita à lei, mas a todo o direito, inclusive aos fatos e valores que habitam a norma. Aliás, como já mencionado em tópicos anteriores, o juiz deve estar sintonizados com os valores sociais e políticos que legitimam o direito aplicável.

86. Dessa forma, a parte não estará obrigada a trazer em sua pretensão o direito que a ela se aplica, pois o juiz o conhece e o aplicará, independentemente de arguição

87. A oralidade, lastreada nos Princípios da Imediatidade (o juiz deve atuar sem intermediários quando colhe a prova, para que tenha contato direto com ela) e da concentração (necessidade de que os atos sejam realizados o mais próximo uns dos outros para que não se haja esquecimento dos detalhes que os compõem), vem sendo homenageada no moderno processo civil, em que se busca menos formalismo, mais celeridade e efetividade.

88. Aliás, as impressões dos gestos, da própria voz e seu tom, da fisionomia, e outras características dos informantes podem ser dados relevantes ao bom termo do julgamento.

Perceba que, nos termos do artigo 132 do CPC/73, o juiz titular, ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado ou por qualquer outro motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. O parágrafo único do mesmo dispositivo o complementa, assegurando que, em qualquer hipótese, o juiz que proferir sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas, preservando, por conseguinte, o princípio em destaque.

No entanto, apesar de sua importância, o Novo CPC não trata da questão.

Após as ponderações colacionadas acima, neste momento, passaremos ao apreço de temas relacionados ao magistrado e a sentença, além dos princípios do livre convencimento, da motivação e da persuasão Racional.

### ***4.3.3. Princípios do Livre convencimento, da Motivação, e da Persuasão Racional***

#### ***4.3.3.1. Princípio do Livre Convencimento***

Este princípio cuida da liberdade que o juiz terá para formar o seu convencimento sobre a prova constante dos autos, interpretando-a e valorando-a da forma que melhor entender<sup>89</sup>.

Note que o artigo 131 do CPC/73 dispõe que o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstância que dos autos constem, ainda que não alegado pelas partes, devendo demonstrar na sentença os motivos que lhe formaram o convencimento<sup>90</sup>.

Essa liberdade interpretativa aplica-se tanto à produção da prova, no sentido de que o juiz terá liberdade para requerer de ofício, aceitar ou rejeitar a produção de determinada elemento probatório, quanto à sua valoração, imprimindo-lhe maior ou menor relevância<sup>91</sup>.

---

89. Estivesse o juiz plenamente vinculado ao texto legal, obrigado a aplicar à prova o valor que a lei lhe atribui, não seria necessário que a atividade jurisdicional fosse realizada por um ser humano dotado de razão, bastaria uma máquina insensível à realidade social que a circunda para realizar a tarefa de mera aplicadora de normas. A crítica reside no fato de norma jurídica, imbuída de características estáticas, nunca ser capaz de acompanhar a evolução dinâmica da sociedade.

90. Contudo, há que ser feita uma ponderação em relação ao Princípio da Motivação. Nem mesmo o juiz, na condição ser humano, carregado de subjetivismos e de influências ocultas das mais diversas origens, poderá identificar em sua plenitude quais os motivos que o levaram à determinada decisão. Assim, igualmente a todos os demais seres humanos, o juiz, ainda que inconscientemente, age com seletividade, no sentido de se identificar ou selecionar, dentre muitos elementos, aquele que para ele é mais relevante que os demais. Assim, a motivação, ainda que pormenorizada e exaustiva, nunca será capaz de desvendar de forma absoluta os sentimentos e premissas que levaram o julgador a chegar a determinada decisão, pois quando se trata de investigar os móveis da percepção, todo objeto é apenas aquilo que nós queremos o seja.

91. Nesse último aspecto, o conteúdo do artigo 436 serve como ilustração. Afinal, o dispositivo prevê que juiz não estará vinculado ao parecer pericial, podendo convencer-se de forma contrária à conclusão técnica, obviamente que fundamentando o seu entendimento. O mesmo se diga da confissão, pois se tratando de direito indisponível, o juiz poderá até mesmo desconsiderá-la.

Em contraposição ao Princípio do Livre Convencimento, tem-se o sistema da prova legal<sup>92</sup>, em que a lei atribui objetivamente um valor à prova<sup>93</sup>. Para esse sistema a lei enumera taxativamente as provas e lhes atribui um valor objetivamente determinado, devendo o juiz limitar-se a esses valores<sup>94</sup>.

Por fim, embora o magistrado tenha liberdade para formar o seu convencimento. Destarte ele encontrará limites na necessidade da motivação e na persuasão racional, conforme veremos adiante.

#### 4.3.3.2. Princípio da Motivação<sup>95</sup>

Este princípio informa que o juiz deverá, após convencer-se livremente sobre a prova dos autos, demonstrar como chegou a esse convencimento, fundamentando-o<sup>96</sup>. Por isso, costuma-se dizer que o livre convencimento não é absolutamente livre, pois deve ser necessariamente motivado<sup>97</sup>.

Consagrado na Própria Constituição Federal em seu artigo 94, inciso IX, o Princípio da Motivação constitui-se em verdadeira garantia do povo e do próprio Estado Democrático de Direito, no sentido de permitir o conhecimento absoluto dos motivos que levaram o juiz a chegar à determinada conclusão<sup>98</sup>.

- 
92. O sistema da prova legal não é mais aceito nos modernos sistemas processuais onde o juiz tem um papel de significativa relevância na manutenção da democracia e na pacificação social por meio da condução correta do processo, aplicando o direito, composto não só pelas normas, mas principalmente pelas questões valorativas que a ela se relacionam.
  93. Vigia esse sistema em tempos nos quais o processo era tido como mero instrumento de aplicação fria da lei, desconsiderando o a sua característica publicista e seu escopo de pacificar com justiça. A prova legal projeta um regime de supressão da liberdade e do interesse do povo promovendo um abismo entre a sua vontade e a previsão fria da lei.
  94. Corroborando o que colocamos, o artigo 5º da LIDB, assinala que o juiz ao aplicar à lei ao caso concreto deverá levar em consideração o bem comum e os fins sociais, devendo obrigatoriamente revelar, motivar e fundamentar a sua decisão. A tensão que se instala entre o arbítrio e a discricionariedade, ou seja, entre a condição subjetiva humana do julgador, imbuída dos mais variados sentimentos e valores, e o efetivo exercício da jurisdição, deverá ser afrouxada com uma fundamentação clara e pormenorizada do juiz.
  95. Alcides de Mendonça Lima ensina-nos que viciosa a decisão deve ser motivada pois o erro conhecido é admissível pelas contingências humanas; mas nem mesmo o acerto, se forem desconhecidos os motivos em que se fundou, deve prevalecer pelo perigo que a omissão pode representar quanto houver falha no julgamento.
  96. Ressalte-se que esta justificativa dar-se-á não só à parte, mas a todos os membros da sociedade, demonstrando-se quais os critérios utilizados para solucionar a demanda. Repare que o juiz é representante do Estado. O Estado, por sua vez, é constituído e investido do poder soberano do povo, naturalmente, do qual decorre jurisdição. Portanto, compete ao magistrado, no exercício do poder popular justificar-se. Nesta justificativa o juiz deve demonstrar de que forma, quais os critérios, e, em que medida, se baseou para solucionar o conflito. E mais, o juiz tem de deixar claro se agiu dentro dos limites, balizas e amplitudes dos poderes que a ele foram conferidos. Tal postura revela-se como um verdadeiro instrumento de garantia da democracia e do próprio povo, assegurando-se a todos que se submetem à jurisdição o conhecimento da forma como foi aplicada.
  97. A motivação é o momento da decisão no qual o juiz discute, analisa de forma crítica e se convence dos fatos e argumentos jurídicos debatidos pelas partes. Além disso, a motivação deve de ser suficientemente compreensível para que permita a todos condições de conferir o acerto do julgamento.
  98. A fundamentação da sentença é uma garantia de justiça quando consegue reproduzir exatamente, nas palavras do mestre Piero Calamandrei como num “levantamento topográfico”, o itinerário percorrido pelo juiz para alcançar à conclusão. Por isso, se essa estiver errada, poder-se-á facilmente se encontrar, através dos fundamentos, em que altura do caminho ocorreu o desvirtuamento do magistrado.

Em sede infraconstitucional o princípio é esboçado no artigo 131 do CPC, o qual exige que o juiz indique na sentença os motivos que lhe formaram a convicção<sup>99</sup>.

É de se notar que, do ponto de vista político, através da motivação permite-se analisar o grau de imparcialidade, de discricionariedade, a coerência lógica, a proporcionalidade, a razoabilidade e, acima de tudo, a justiça do julgamento<sup>100</sup>.

Além disso, as razões que levaram à decisão, uma vez expostas com clareza, logicidade e precisão, demonstrarão ao povo e, sobretudo, às partes, o caminho percorrido para se chegar à decisão<sup>101</sup>.

Nesse caso, ao povo garante-se que a sorte de suas demandas não dependerá do acaso ou do infortúnio, mas sim de um juízo balizado dentro dos ditames que refletem os seus valores<sup>102</sup>.

Questão relevante, neste cenário, é a motivação *per relationem*, ou seja, quando o magistrado fundamenta sua decisão usando outra decisão como referência.

Contudo, este modo de fundamentar decisões não nos parece adequado aos padrões jurídicos do Estado Democrático de Direito<sup>103</sup>.

O Novo CPC disciplina de forma mais detalhada o tema da fundamentação das decisões judiciais, sobretudo no que tange à ideia bastante disseminada de que o julgador, para decidir, não precisa se pronunciar sobre os argumentos trazidos pelas partes.

---

99. Como expressão do exercício da Jurisdição, o Princípio deve ser interpretado de forma transcendente aos dispositivos legais que o preveem, de forma que o seu alcance não se limita às sentenças, nos termos do artigo 267 e 269 do CPC, mas a todos os atos carregados de carga jurisdicional. Assim, qualquer ato que ocorra no âmbito da relação processual, ante a natureza pública e indisponível do processo, deverá ser fundamentado.

100. O legislador infraconstitucional previu em algumas ocasiões a flexibilização do Princípio, pondo em xeque a própria garantia da democracia. São exemplos dessa flexibilização, a possibilidade de fundamentação concisa em sentenças que extinguem o processo sem julgamento do mérito, prevista no artigo 469, *in fine*, do CPC, ou, ainda, no artigo 38 da Lei 9099/95.

101. Do ponto de vista lingüístico, considerando que a decisão é o principal veículo de comunicação entre o Poder Judiciário e o Povo, essa deve ser transcrita de forma clara e transparente, para que o entendimento do juiz priorize-se e seja compreendido sem dificuldades. Assim, preservado o rigor técnico, deve o juiz também primar pela clareza da linguagem, assumindo o verdadeiro papel de interlocutor do direito, sob pena de haverem ruídos, distorções ou mesmo interrupções comunicativas.

102. Repare que o juiz deve demonstrar discriminadamente quais os fatos alcançados por sua decisão, o valor que conferiu a cada uma das provas, assinalando até mesmo porque desconsiderou alguma delas. Ademais, deverá explicitar quais as normas que se aplicam ao caso e se essas foram ou não aplicadas.

103. A propósito Teresa Arruda Alvim Wambier, inclusive, esclarece que não se admite a motivação 'per relationem' quando é exclusivamente 'per relationem', ou seja, quando o magistrado se limita a remeter a fundamentação à de outra decisão, o que significa a renúncia integral do juiz a justificar autonomamente sua decisão. Na verdade, é necessário, pelo menos, que o juiz exprima um juízo de idoneidade (próprio) a respeito da motivação da outra decisão. O ideal seria reduzir o quanto possível o caráter genérico e ambíguo dos critérios de valoração acerca da suficiência da motivação da sentença considerando-se inadmissível a motivação 'per relationem'. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Omissão Judicial e Embargos de Declaração. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 304.

Ademais, o projeto inova ao enumerar requisitos de validade da sentença *lato sensu* para que respeite o dever de fundamentar, ou seja, tais requisitos devem também ser aplicáveis às decisões interlocutórias e acórdãos de modo geral.

Nesse sentido, dispõe o art. 499 do referido projeto de lei que são elementos essenciais da sentença: I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem<sup>104</sup>.

Esse detalhamento dos requisitos de validade, no Novo Código de Processo Civil, pode evitar que a decisão oculte premissas como instrumento de retórica por vezes utilizada para construir argumentos autoritários.

Outro avanço do Novo CPC Projetado se refere à previsão do art. 954. Esse dispositivo estabelece que o Órgão Colegiado deve esclarecer eventuais dúvidas suscitadas pelas partes sobre a manifestação de qualquer de seus membros. Além disso, em se tratando de decisão colegiada, havendo voto vencido, este será necessariamente declarado e será considerado pelos Tribunais Superiores, na hipótese de recurso de estrito direito, sendo superado o requisito do prequestionamento<sup>105</sup>.

Em suma, o Projeto de Novo CPC representa uma evolução na medida em que assegura, de forma sistemática, a necessidade de motivação clara e completa como condição de validade do ato processual<sup>106</sup>.

---

104. Ademais, não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limita a indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo; II – empregue conceitos jurídicos indeterminados em explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Por fim, no caso de colisão entre normas, o órgão jurisdicional deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada.

105. De acordo com o art. 954, proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor. O voto poderá ser alterado até o momento da proclamação do resultado pelo presidente, salvo aquele já proferido por juiz afastado ou substituído. Ademais, é permitido à parte, por seu procurador presente à sessão de julgamento, antes da proclamação do resultado, requerer oralmente ao órgão colegiado esclarecimento sobre a manifestação de qualquer de seus membros. No julgamento de apelação ou de agravo de instrumento, a decisão será tomada, no órgão colegiado, pelo voto de três juízes. O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de prequestionamento.

106. Permitirá o melhor controle dos atos do juiz, por decisões em grau recursal ou em sede de mandado de segurança, reclamação e outros meios de impugnação, bem como por meio de opiniões de interessados, através do exercício democrático da liberdade de expressão. Esse requisito formal de controle de qualidade das decisões confere legitimidade (em sentido amplo) ao juiz, para que, ao revelar o direito, ele estimule a mudança da realidade sociocultural dos jurisdicionados, em função do caráter pedagógico da decisão. Em última análise, a mudança da cultura ocasionada pela compreensão e respeito ao que foi decidido, aumenta a segurança jurídica e diminui o número de processos no Judiciário.

Passemos, finalmente, ao princípio da persuasão racional do juiz.

#### **4.3.3.3. Princípio da Persuasão Racional do Juiz**

O Princípio da Persuasão racional indica que o juiz deverá, após se convencer livremente e motivar o seu convencimento, persuadir o povo e as partes da justeza e do acerto de sua decisão. Deve demonstrar que a sua decisão se coaduna com o direito e com os limites do exercício do poder jurisdicional a ele conferido.

A análise superficial do Princípio pode conduzir o intérprete menos atencioso a confundí-lo com o Princípio da Motivação. Ocorre que há incisivas e profundas diferenças que os divorciam. Enquanto que aquele é a demonstração dos motivos e elementos que levaram o juiz a agir de uma determinada forma, este se refere à necessidade de se demonstrar que os motivos e elementos que alicerçaram o julgamento foram os melhores que se poderia eleger. Aqui o juiz demonstrará ao povo que agiu com acerto e que os motivos que selecionou coadunam-se com o justo, proporcionando, por conseguinte, maior conhecimento sobre a subjetividade do magistrado.

Da mesma forma que as partes procuram convencer o juízo da pertinência de suas pretensões, deve o juiz convencê-las e persuadi-las de que o seu julgamento foi justo e que os motivos que o levaram a julgar foram bem selecionados e colhidos.

Para que a sentença não se projete em ato de mero arbítrio e de vontade impositiva e unilateral do juízo, deve este convencer o povo da pertinência da sua decisão.

A sentença, portanto, deve configurar-se em um silogismo, sendo que a premissa maior é a lei, carregada dos valores sociais, a premissa menor são os fatos, submetidos ao juízo pela parte, e a conclusão é a aplicação da lei ao caso concreto.

## **5. CONCLUSÃO**

O Tema foi abordado tomando-se por conta a sua relação íntima com a jurisdição e o seu papel de destaque na sustentabilidade do Estado Democrático de Direito.

Primeiramente foram feitas breves considerações sobre Processo, Ação e Exceção, relacionados com os princípios do Devido Processo Legal e do Acesso à Justiça.

Após, partiu-se para o enfrentamento do objeto principal do trabalho, onde foram analisados alguns dos dispositivos do Novo CPC que regem a atividade do juiz, seus respectivos princípios, sua evolução histórica, definição, alcance e todos os princípios que dele decorrem logicamente, como os princípios: da Inércia da Jurisdição; da Independência; da Imparcialidade; da Investidura; da Aderência ao Território; da Indelegabilidade; da Indeclinabilidade, da Inevitabilidade; da *Perpetuatio Jurisdictione*; da Vinculação do Juiz Aos Fatos da Causa e ao Pedido da Parte, também chamado de Princípio da Congruência; do *Iuria Novit Curia*; da Identidade Física do Juiz; do Livre Convencimento; da Motivação e da Persuasão Racional.

É necessário consignar que o presente trabalho não tencionou o esgotamento do tema, que por sua vez é extremamente profundo, e demanda outras reflexões. Pretendeu-se somente fazer uma análise sistemática do assunto, relacionando-o com

outros princípios do Processo Civil, na busca de reafirmar a sua importância e esclarecer algumas questões a ele referentes. Ao que nos parece, o Novo CPC explicita com muita clareza, nos textos dos dispositivos analisados neste trabalho, a efetividade desses Princípios de modo a lembrar e relembrar ao intérprete da lei que eles não podem ser ignorados, pois essências ao modelo republicano e ao Estado Democrático de Direito.

## 6. BIBLIOGRAFIA

- AGRÍCOLA BARBI, Celso – Comentários ao Código de Processo Civil, 2ª ed., vol. I, Rio, Forense, 1981.
- ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil, vol. I. São Paulo: RT, 2001.
- ALVIM, Eduardo Arruda. Curso de Direito Processual Civil, vol. I. São Paulo: RT, 1999.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. Elementos da Teoria Geral do Processo. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- ALVIM, José Manuel Arruda – Anotações sobre o tema da competência, Revista Forense, 1983, vol. 283
- \_\_\_\_\_. Manual de direito processual civil – Processo de conhecimento (em colaboração com Teresa Arruda Alvim Wambier), vol. 2, 4ª ed., 2ª tiragem, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.
- \_\_\_\_\_. Tratado de Direito Processual Civil, vol. I. 4ª ed. São Paulo: RT, 1996.
- AMARAL SANTOS, Moacyr – Primeiras linhas de direito processual civil, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 198º
- ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de – Teoria geral do processo, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986 – Em colaboração com Ada P. Grinover e Cândido R. Dinamarco
- ARMELIN, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Curso de Processo Civil, vol. I. 4ª ed. São Paulo: RT, 1998
- BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Novo Processo Civil Brasileiro. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- \_\_\_\_\_. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 5. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- \_\_\_\_\_. A competência como questão preliminar e como questão de mérito, pp. 95 a 1º4, in Temas de direito processual, 4ª série, São Paulo, Saraiva, 1989
- \_\_\_\_\_. Questões prejudiciais e questões preliminares, in Direito processual civil, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1971
- \_\_\_\_\_. Sobre pressupostos processuais, in Temas de direito processual civil, 4ª série, São Paulo, Saraiva, 1989
- BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BARROSO, Darlan. Manual de Direito Processual Civil, vol. I – Teoria Geral e Processo de Conhecimento. Barueri: Manolo, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1989
- BEVILAQUA, Clóvis – Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 6ª ed., Rio, Francisco Alves, 1943
- BITENCOURT, Edgar de Moura. O Juiz. São Paulo: Jurídica Universitária, 1986

- BRUTAU, José Puig. A Jurisprudência como Fonte do Direito. Trad. Lenine Nequete. Porto Alegre: Coleção Revista da Ajuris, 1977.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim – Comentários ao Código de Processo Civil, 2ª ed., vol. III, Rio, Forense, 1977.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Dos Procedimentos Sumário e Sumaríssimo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1996.
- CAMBI, Eduardo. Direito Constitucional à prova no Processo Civil. São Paulo: RT, 2001.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CAPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Trad. Tupinanbá Pinto de Azevedo. Revista do Ministério Público, vol. I, nº. 18, pág. 13-27, 1985
- CARNEIRO, Athos Gusmão – Jurisdição e competência, São Paulo, Saraiva, 1982.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário Linguagem e Método, 3ª Ed. São Paulo: Noeses, 2010.
- CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de Teoria Geral do Direito – O Constructivismo Lógico-Semântico. São Paulo: Noeses, 2009.
- CHIOVENDA, Giuseppe – Istituzioni di diritto processuale civile, tradução de J. Guimarães Menegale: Instituições de direito processual civil, São Paulo, Saraiva, 1969.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- COLUCCI, Maria da Glória; ALMEIDA, José Maurício Pinto de. Lições de Teoria Geral do Processo. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2000.
- COCURUTTO, Ailton. Fundamentos de Direito Processual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- COUTURE, Eduardo J.. Introdução ao Estudo do Processo Civil. Trad. Mozart. Victor Russomano. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- \_\_\_\_\_ Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 3ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1951.
- CRETELA JR., José. Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. I.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. A Causa Petendi no Processo Civil. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. I. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- \_\_\_\_\_ Fundamentos do Processo Civil Moderno. 2ª ed. São Paulo: RT, 1987.
- \_\_\_\_\_ A Instrumentalidade do Processo. 3ª ed. São Paulo: Malheiros 1993.
- FERREIRA, Pinto. Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FREDERICO MARQUES, José – Instituições de direito processual civil, 4ª ed., Rio, Forense, 1971
- FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Condições da Ação. São Paulo: RT, 2000.
- FREITAS, Guilherme Rezende. Princípios Informativos do Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- FREITAS CÂMARA, Alexandre. Lições de Direito Processual Civil, vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.
- FRIEDE, Reis. Comentários ao Código de Processo Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e competência: exposição didática. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1983.
- GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro, vol. I. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil. São Paulo: Buchatsky, 1975.
- \_\_\_\_\_. Teoria Geral do Processo. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

- \_\_\_\_\_. O Procedimento Sumário, Princípio do Juiz Natural e a Lei Orgânica do MP. Revista da Ajuris, vol. 32, pág. 98-107, 1984.
- \_\_\_\_\_. Novas Tendências do Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- \_\_\_\_\_. O Princípio do Juiz Natural e sua Dupla Garantia. Revista de Processo, vol. 29, pág. 11-33, 1983.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- LAURIA TUCCI, Rogério. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004.
- LEVENHAGEM, Antonio José de Souza. Manual de Direito Processual Civil. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1996.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil, vol. I. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- LONGO, Luís Antônio. O princípio do juiz natural e seu conteúdo substancial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- MALACHINI, Edson Ribas – *A Perpetuatio Jurisdictionis* e o desmembramento da comarca, Revista de Processo, nº 47, 1987.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas de Processo Civil – O Acesso à Justiça e os Institutos Fundamentais do Direito Processual. São Paulo: RT, 1993.
- MARTINS, Ives Gandra; BASTOS, Celso. Comentários à Constituição do Brasil, vol. I.. São Paulo: Saraiva, 1989.
- MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; e FREIRE, Alonso. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: Novas Tendências do Processo Civil. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm: 2013. p. 679-702.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MOREIRA DE PAULA, Jônatas Luiz. Teoria Geral do Processo. 3ª ed. Barueri: Manole, 2002.
- NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. Código de Processo Civil. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006.
- \_\_\_\_\_. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 8ª São Paulo: RT, 2004.
- \_\_\_\_\_. Princípios Fundamentais da Teoria Geral dos Recursos. 2ª ed. São Paulo: RT, 1993.
- OLIVEIRA JR., Waldemar M. de. Curso de Direito Processual Civil, vol. I.. São Paulo: RT, 1973.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti – Comentários ao Código de Processo Civil, Rio, Forense, 1974
- PORTANOVA, Ruy. Princípios do Processo Civil. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- PRADO, Amauri Reno do; BONILHA, José Carlos Mascari. Manual de Processo Penal, Conhecimento e Execução Penal. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

- RADAMÉS DE SÁ, Djanira Maria. Teoria Geral do Direito Processual Civil – A Lide e sua Resolução. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito. São Paulo: Saraiva, 1986.
- REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de – Curso de direito processual civil, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1950
- SANTOS, Ernani Fidélis dos. Manual de Direito Processual Civil, vol. I. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SANTOS, Moacir Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, vol. I. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SCARANCE FERNANDES, Antonio. Processo Penal Constitucional. 4ª ed. São Paulo: RT, 2005.
- \_\_\_\_\_. Princípios e Garantias Processuais Penais em 10 anos de Constituição Federal. Coordenação: Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 1999.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- SILVA, Ovídio A. Batista da. Teoria Geral do Processo Civil. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1983.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Código de Processo Civil Anotado. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- TESHEINER, José Maria Rosa. Elementos para uma Teoria Geral do Processo. São Paulo: Saraiva, 1993.
- WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Nulidades no Processo e na Sentença. 4ª ed. São Paulo: RT, 1998.
- \_\_\_\_\_. Manual de direito processual civil. Processo de conhecimento (em colaboração com José Manuel Arruda Alvim), vol. 2, 4ª ed., 2ª tiragem, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.
- \_\_\_\_\_. Omissão Judicial e Embargos de Declaração. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

# O CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL NO PROJETO DO NOVO CPC

*“Da discussão é que nasce a luz,”  
John Stuart. Mill*

**BECLAUTE OLIVEIRA SILVA<sup>1</sup> E  
WELTON ROBERTO<sup>2</sup>**

## INTRODUÇÃO

O projeto do novo CPC traz a lume em seu artigo 7º dois institutos que ora se imbricam para uma nova concepção jurídica e cultural do posicionamento das partes e da atuação do juiz. Trata-se do contraditório substancial e do tratamento paritário que deverá ser dado a autor e réu, pelo magistrado, na discussão das lides cíveis. Pode-se asseverar que o processo civil se encaminha para um método de acerto privado mais parecido com as formas encontradas para se resolver as lides penais, como se observará a seguir.

Neste trabalho, dois professores, um de processo civil e outro de processo penal, se propõem a analisar algo que é extremamente comum nas duas searas, o contraditório, que no projeto do código de processo civil optou por uma versão substancial, conferindo inclusive a paridade de armas.

O trabalho que se desenvolve irá primeiro analisar o contraditório substancial, a partir da doutrina italiana e pátria. Verificará também as relações existentes entre o contraditório no âmbito penal e cível. Então se verificará como a aludida opção do legislador do projeto do novo CPC poderá vir a repercutir na esfera cível do processo.

## 1. ABERTURA SEMÂNTICO-PRAGMÁTICA DO PROJETO DO NOVO CPC

Ao tratar da interpretação, Hans Kelsen abre um tópico sobre indeterminação intencional e indeterminação não intencional. Qualifica a primeira como aquela em que o legislador destina ao aplicador a liberdade para escolher a melhor solução den-

- 
1. Doutor em Direito pela UFPE. Mestre em Direito pela UFAL. Professor Adjunto da FDA-UFAL (Graduação e Mestrado). Membro fundador da ANNER. Membro do IBDP e da ABDPC.
  2. PhD em Justiça Penal Internacional pela Universidade de Pavia – Itália. Doutor em Processo Penal pela UFPE. Mestre em Processo Penal pela UFAL. Professor Adjunto da FDA-UFAL (Graduação e Mestrado). Advogado Criminalista.

tre as propostas. Lança o exemplo da lei penal, que muitas vezes dá ao magistrado a opção de escolher, no caso concreto, a partir das circunstâncias do caso, se seria melhor a multa ou a prisão. Já a indeterminação não intencional ocorre quando há pluralidade de significações de uma palavra ou sequência de palavras, de dissonância entre a expressão verbal e a vontade do legislador, de discrepância entre um dos sentidos da expressão verbal e a vontade do legislador, ou quando há contradição entre duas normas<sup>3</sup>.

Para o nosso estudo, a ênfase se dá em relação à indeterminação não intencional, por conta da polissemia, máxime com relação ao capítulo dedicado às “normas fundamentais do processo civil”, que vai do art. 1º ao art. 12 do projeto aprovado na Comissão Especial da Câmara de Deputados, em 17 de julho de 2013. Aí se acha inserido o art. 7º, que se transcreve: **“é assegurada às partes paridade de tratamento no curso do processo, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório”** (Destacou-se.) A preocupação com a concreção do contraditório, nos moldes delineados no referido dispositivo, ganha reforço em diversos artigos do código projetado, como se lê, por exemplo, nos arts. 330, II; 376, 378, 379; 468, II; 504; 514, § 1º, II etc.

De plano, fica evidenciado no texto projetado que a garantia de tratamento paritário (igualdade processual) e de efetivo contraditório são expressões que implicam indeterminação semântica, a ser sanada no caso concreto. A doutrina (intérprete não autêntico, na visão kelseniana) terá aqui um papel fundamental, já que cabe a ela construir as possíveis significações dos referidos textos<sup>4</sup>. Outro que deverá possuir extrema relevância é o profissional do direito que, atuando no processo, exerce função jurídico-política, já que ao propor a melhor solução para o caso, procura influenciar na produção judicial do direito<sup>5</sup>. Hans Kelsen percebe aqui a importante função do contraditório, que é o poder de influenciar<sup>6</sup>.

Deve-se destacar que o legislador projetista retirou do texto oriundo do Senado Federal a expressão “em caso de insuficiência técnica”, no intuito de evitar uma limitação problemática ao preceito, já que impediria a atuação do magistrado se a insuficiência fosse econômico-financeira. Além disso, a expressão “insuficiência técnica”, dada a sua ambiguidade, resultaria em inúmeras discussões sobre a aplicação do dispositivo, o que dificultaria sua aplicabilidade e respectiva efetividade<sup>7</sup>.

3. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 5ª ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, p. 465-466.

4. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 5ª ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, p. 472.

5. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 5ª ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, p. 472-473.

6. DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 52.

7. GUTIÉRREZ, Daniel Mota. Notas sobre os princípios e as garantias fundamentais do processo civil no projeto do novo CPC. In ROSSI, Fernando *et al.* **O Futuro do Processo Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 103.

A paridade de armas implica condição necessária para que o contraditório seja material e não meramente formal<sup>8</sup>. Assim a paridade de armas, em seu sentido material, acaba por se confundir com o devido processo legal substancial<sup>9</sup>.

O código processual civil projetado opta por um sentido mais específico do contraditório, qual seja o contraditório substancial, já que a mera participação, expressão formal do contraditório<sup>10</sup>, é insuficiente para o processo, no atual estágio de desenvolvimento das técnicas de soluções dos conflitos.

A opção por um contraditório que vai além da mera formalidade visa materializar com mais eficiência as garantias processuais da produção judicial do direito. Isso ganha relevo quando o Poder Judiciário, antes circunscrito a produzir soluções para um caso específico, é chamado a produzir regulações que têm o condão de dirimir de forma abstrata e geral inúmeros conflitos, como se dá nos precedentes vinculantes, já tão em voga em vários instrumentos decisórios.

Para se entender esta nova faceta do contraditório, passa-se a uma análise pormenorizada, a partir da contribuição das doutrinas italiana e pátria a respeito do assunto.

## 2. CONTRADITÓRIO E SUAS EXPRESSÕES

Elio Fazzalari, ao posicionar o contraditório como elemento principal de todo o conjunto processual, afirma ser o processo um procedimento em contraditório, explicando que este realiza verdadeira função dialética estruturante<sup>11</sup>. Argumenta que o processo é um lugar a produzir efeitos através da participação das partes em contraditório em razão de uma não poder obliterar a atividade da outra, sendo certo ainda que as funções dos sujeitos são reflexas a ponto de a correspondência de poderes, deveres e faculdades ser coligada. Assim, em sua literal expressão:

*Il procedimento va, infine, riguardato come una serie di facultà, poteri, doveri: quante e quali sono Le posizioni soggettive che è dato trarre dalle norme in discorso; e che risultano anch'esse, e necessariamente, collegate in modo che, ad esempio, un potere spetti ad un soggetto quando un dovere sai stato compiuto, da lui o da altri, e, a sua volta, l'esercizio di quel potere costituisca il presupposto per l'insorgere di un altro potere (o facultà o dovere)<sup>12</sup>.*

O escólio de Elio Fazzalari configurou à sua época importante passo para firmar o contraditório dentro de um mecanismo central para a existência do processo. É também do mencionado autor italiano a ideia de que só existirá processo se em uma ou em mais de uma fase do *iter* da formação de um ato for contemplada a participação não

8. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 61.

9. DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 60.

10. DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 52.

11. FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 8. ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 83.

12. FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 8. ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 78/82.

só do autor, mas do destinatário dos efeitos daquela relação, desde que tal atividade decorra do próprio agir em contraditório<sup>13</sup>.

Ao realizar uma interpretação conforme os valores constitucionais modernos, imperioso será alargar a extensão do contraditório para uma realidade do justo processo. Se este decorre do devido processo legal, como seu primeiro ascendente, se ele conforma a ideia de processo e se o sistema constitucional erige os direitos fundamentais como condição de garantia para todo o restante de sua realização político-democrática<sup>14</sup>, não se pode mais aceitar que o contraditório, plasmado no ordenamento, seja ainda o do século passado. Daí a nova adjetivação de contraditório receber do legislador a estrutura de contraditório substancial, ou seja, aquele que será efetivado para além da argumentação ou dos poderes e faculdades retóricas das partes.

O legislador projetista optou por ultrapassar o sistema de contraditório diferido e privilegiado a uma das partes no processo, ou seja, aquela que porventura teria maiores condições e poder para interferir na produção da prova. Assegurou que o magistrado deverá dar tratamento paritário aos atores do processo enquanto zela pelo "efetivo" contraditório. Assim tenta encontrar equilíbrio para além da liberdade arbitrária do passado, quando as partes eram largadas à sua própria competência, procurando então nortear as lides civis com um ponto a mais no accertamento da verdade que se contrapõe ao litígio entre elas. A ideia paritária de contraditório substancial parece mais com a concepção do justo processo adotada pelos italianos em sua Constituição através do artigo 111, com a redação estipulada pela lei constitucional de 23 de novembro de 1999<sup>15</sup>.

---

13. FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 8. ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 83.

14. NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 215.

15. "La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.

*Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.*

*Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore.*

*La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita.*

*Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati .*

*Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra.*

*Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione".*

Na Itália, o contraditório passou a assumir um papel preponderante para o desenvolvimento não só da figura instrumental do processo, como na lição trazida por Elio Fazzalari, mas do justo processo em face de sua assunção como garantia objetiva, e não somente como garantia subjetiva. Assim:

*Il difensore oggi, al pari del pubblico ministero, individua e raccoglie fonti di prova, portando così al GIP un contributo probatorio per l'archiviazione o l'udienza preliminare con i riti alternativi. Quindi, già in questa fase, si può "accertare la verità" e definire in tempi rapidi il procedimento<sup>16</sup>.*

Mario Chiavario, por seu turno, analisa os meandros em que o conteúdo do princípio do contraditório aparece no sistema constitucional italiano, contornando-lhe seus significados e alcances para todo o ordenamento jurídico, e não somente o penal. O primeiro significado do princípio, diz o processualista, é de raiz genérica, servindo de fundamento para todo e qualquer processo, e não somente o penal, pois resguardado como corolário da formação processual. Em um segundo plano, constitui o contraditório um método para a formação da prova. O professor siracusano classifica o princípio entre os fundamentos probatórios, a saber:

*... il contraddittorio enunciato come un principio di carattere oggettivo, come un metodo: è qualcosa, dunque, che va al di là dell'esigenza di tutela dell'interesse difensivo di chi è accusato penalmente, anche se non vorrei che dimenticassimo i grandi meriti storici di chi, nell'assenza di una norma come quella dell'attuale art. 111 comma 2, ha tratto già dall'art. 24 Cost. la tutela del principio del contraddittorio<sup>17</sup>.*

Diferentemente, o sistema brasileiro buscou garantir no artigo constitucional referente aos direitos fundamentais o contraditório no processo como raiz genérica, corolário de todo e qualquer processo, assim como acentuou Mario Chiavario em seu primeiro pronunciamento acerca da natureza conceitual do princípio em comento. Silenciou, todavia, a respeito do seu alcance e de seu conteúdo. No ordenamento processual penal, seja no atual CPP, seja no projeto nº 156/2009, que busca a criação de um novo CPP de matiz acusatória, o conteúdo continuou de raiz genérica, como mera garantia do processo.

No âmbito processual penal pátrio, embora o legislador após a reforma pontual do sistema probatório tenha trazido para o artigo 155 do CPP a produção da prova em contraditório judicial, a sua positivação sistêmica, por ora, não lhe deu vida para além da funcionalidade processual. A ousadia, todavia, permite também trazê-lo para o campo do método objetivo de accertamento fático acerca da formação da prova, assim como fez o processualista italiano citado. Isso possibilita discutir o contraditório na formação da prova – colheita e produção<sup>18</sup> –, e não somente o contraditório sobre a prova – já colhida e produzida.

16. ORLANDI, Mariagrazia. **La nuova cultura del giusto processo nella ricerca della verità**. Giuffrè Editore: Milano, 2007, p. 22.

17. Associazione tra gli studiosi del processo penale. **Il contraddittorio tra costituzione e legge ordinaria**. Giuffrè Editore: Milano, 2002, p.23.

18. CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil**. São Paulo: RT, 2001, p. 152-153.

O legislador projetista foi mais ousado ao positivar o contraditório substancial e a paridade de armas no art. 7º da lei instrumental civil, argumento já defendido, em 2012, em tese de doutorado na Universidade Federal de Pernambuco, a saber, a paridade de armas como consectário do processo moderno na construção do justo processo<sup>19</sup>.

Como bem relatado, a incessante busca pela demonstração dos fatos dentro das quadras processuais legítimas se torna mais próxima quando para a prova podem contribuir as partes. As palavras pronunciadas há mais de duzentos anos por Lord Eldon, mencionadas por Mario Chiavario, já nos dão a certeza de que a verdade no processo só pode ser encontrada quando se faz a busca dentro do contraditório: “*truth is best discovered by powerful statements on both sides of the question*”<sup>20</sup>.

Desta forma, o medo de se revelar o conteúdo do contraditório de partes paritárias, equilibrando os poderes dos contendores do processo sobre a prova e afastando o juiz de sua original formação, tem sido obstáculo para o alcance material do contraditório. Parece ser mais uma questão de enfrentamento conceitual dentro de um paradigma valorativo do que propriamente a necessidade de se positivar também referido alcance principiológico no ordenamento, porquanto lá já se encontra normatizado, consoante se depreende do artigo 5.º, LV, da Constituição Federal.

Na esteira do pensamento de Mario Chiavario, o contraditório não pode se reduzir a um torneio meramente oratório, em que as partes discutem sobre uma prova para a qual não contribuíram positivamente em sua formação, principalmente quando todo o esteio probante resulta da investigação preliminar produzida pela polícia judiciária, deixando às partes um papel reduzido de crer em ou desconfiar daquilo que lhes chegou ao conhecimento.

O contraditório como método objetivo passa a creditar às partes a responsabilidade sobre o fato, o processo e o próprio direito. Conforme escólio de Leonardo Carneiro da Cunha:

O contraditório, atualmente, tem uma dimensão maior, passando a ostentar uma noção mais ampla de contraditoriedade. Tal noção deve ser entendida como garantia de efetiva participação das partes no desenvolvimento de todo litígio, mediante possibilidade de influírem, em igualdade de condições, no convencimento do magistrado, contribuindo na descrição dos fatos, na produção de provas e no debate das questões de direito<sup>21</sup>.

Assim sendo, o contraditório em seu caráter metodológico objetivo na formação da prova passa a ser um princípio fundamental que, embora não assuma caráter absoluto, comportando algumas exceções devidamente calibradas dentro da razoabilidade, principalmente para a garantia do sucesso do próprio fim do processo, deve ser consi-

19. ROBERTO, Welton. **Paridade de Armas no Processo Penal Brasileiro – Uma Concepção do Justo Processo**. Tese de Doutorado. UFPE. Recife-PE, 2012.

20. CHIVARIO, Mario. Associazione tra gli studiosi del processo penale. **Il contraddittorio tra costituzione e legge ordinaria**. Giuffrè Editore: Milano, 2002, p.24.

21. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Atendibilidade dos Fatos Supervinientes no Processo Civil**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 57-58.

derado como corolário do justo processo, e não somente o penal, sob os auspícios da reforma que ora se impõe.

Segundo Vittorio Grevi, para que haja o justo processo é necessário que o itinerário processual se desenvolva mediante contraditório paritético, perante juiz imparcial<sup>22</sup>.

Não há como deixar de incluir, neste contexto, o exercício da ampla defesa como decorrente lógico dos valores até aqui abordados. Aqui, a mescla entre o direito de defesa e o princípio do contraditório acaba se fundindo para além de suas naturezas jurídicas e conceitos jurisprudenciais. Não se pode tratar da existência de um sem se revelar o conteúdo de outro. Como uma simbiose conceitual não poderia garantir a ampla defesa fora da esfera do contraditório.

### 3. NÚCLEO DO CONTRADITÓRIO EFETIVO

O professor Glauco Giostra, da Universidade *Sapienza* de Roma, discípulo direto dos ensinamentos de Giovanni Conso e Vittorio Grevi, sustenta que o conteúdo nuclear de um processo confiável repousa na realização do contraditório em seus elementos mais essenciais. E quais seriam esses elementos?<sup>23</sup>

Para a consecução do princípio, necessário primordialmente que se esteja diante de partes contrapostas, havendo a ciência e a oportunidade de contrapor não só argumentos – contraditório argumentativo –, mas também fatos devidamente reconstruídos – contraditório material –, em igualdade de condições. Daí se destaca ser a cognição – ciência –, a participação – oportunidade – e a isonomia – paridade – seus elementos essenciais. Acrescente-se aqui o poder de influenciar, como já ficou destacado neste trabalho, com base na contribuição kelseniana. A ausência de qualquer um desses elementos desnatura o contraditório, transformando-o em qualquer outra coisa, menos na precisa regra de ouro, expressão cunhada pela doutrina italiana.

O contraditório não se resume a garantir que uma parte possa se utilizar somente do conteúdo linguístico para contrapor fatos trazidos à cognição pela outra. Isso é arremedo do princípio. Impedir que uma parte tenha contato com a hipótese fática é negar-lhe a oportunidade da efetiva contraposição, daí por que não se justifica, dentro de uma concepção moderna e constitucionalizada do princípio, que os elementos cognitivos da investigação não possam ser também objeto de questionamento pelas partes<sup>24</sup>.

22. “*La necessità che l’itinerario processuale si svolga nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità e davanti a giudice terzo. Nulla di nuovo, evidentemente, per quanto riguarda il contenuto dei principi così enunciati, che già oggi del resto vengono individuati come canoni essenziali (non i soli, peraltro) del giusto processo.*” GREVI, Vittorio. **Alla ricerca di un processo penale giusto**. Milano: Giuffrè Editore. 2000, p. 156.

23. GIOSTRA, Glauco. **Indagine e Prova: dalla non dispersione a nuovi scenari cognitivi**. Associazione Tra Gli Studiosi del Processo Penale. **Verso la riscoperta di un modello processuale**. Convegno in memoria di Antonio Galati. Giuffrè Editore: Milano, 2003, p. 49.

24. No dizer de Glauco Giostra: “*Lo scopo dell’atto di indagine non è l’accertamento della verità, ma quello di fornire il massimo contributo informativo per cercare più efficacemente le fonti ed i riscontri, che consentano di verificare in giudizio un’ipotesi di verità: serve a conoscere per agire, non per giudicare. Ne deriva che l’atto di indagine è qualitativamente incommensurabile all’atto di prova.*” GIOSTRA, Glauco. **Indagine e Prova: dalla non dispersione**

Assim, afeta sobremaneira o princípio do contraditório a impossibilidade de as partes checarem a hipótese fática mediante instrumentos de investigação próprios, ou mesmo a prática usual de os magistrados brasileiros perguntarem, em sede penal, em juízo, se aquela “testemunha” confirma seu depoimento prestado para a autoridade policial, ato praticado longe dos olhos e da efetiva participação das partes. Até porque tal confirmação é prática rotineira.

Conquanto isso toca ao juiz – terceiro não interessado –, não se descarta que a aplicabilidade de tais elementos se encontra sob a sua autoridade, por isso supraparte, que imporá aos contendores o respeito aos consectários essenciais. No dizer de Claudio Faranda, o juiz integra o princípio do contraditório de forma a perfectibilizá-lo. No projeto do novo CPC, o contraditório se positiva como um dever do magistrado, que deverá velar por sua efetivação.

Um cuidado que se deve ter acerca da participação do juiz na integração do contraditório é de que este não venha interferir, calibrando-o com sua carga de poder na busca da verdade dita real, mas sim efetivamente garanti-lo, integrando-o como método de acerto da realidade fática trazida pelas partes contrapostas<sup>25</sup>. Desse modo, o fato construído mediante a atividade probatória deve ser objeto da participação efetiva dos litigantes e do magistrado, que deverá velar por sua concretização<sup>26</sup>.

Sob o signo da cognição, ciência ou conhecimento, já se desdobra a impossibilidade de se ter sob sigilo fatos e argumentos – em ambos casos, as partes realizam a esgrima paritária de forma clara, não podendo haver, ao menos como regra, provas ou argumentos que não possam ser contrapostos, sob pena de se invalidar o ato processual.

Paolo Tonini relata que as provas colhidas secretamente, seguindo as concepções inerentes ao princípio em estudo, são gravadas por sua inutilizabilidade, expressão cunhada para invalidar a eficácia do ato processual que atente contra o contraditório<sup>27</sup>.

Assim, a decisão judicial não é o resultado de uma escolha simplista sobre o desempenho das partes no processo, impondo ao juiz reconhecer sempre, ao acolher a pretensão ministerial, que os fatos provados se encontram além de uma dúvida razoável sobre os fatos que possivelmente ocorreram.

---

*a nuovi scenari cognitivi*. Associazione Tra Gli Studiosi del Processo Penale. **Verso la riscoperta di un modello processuale**. Convegno in memoria di Antonio Galati. Giuffrè Editore: Milano, 2003, p. 54.

25. “Il giudice anche nel caso in cui abbia poteri autonomi di accertamento, lungi dall’impedire l’attuazione del contraddittorio, lo integra e lo disciplina, esercitando su di esso, come nel processo accusatorio puro, funzioni di controllo e di direzione; in alcuni casi tempera addirittura gli squilibri dinamici che possono crearsi tra le parti per imperfezione nell’organizzazione dei relativi uffici.” FARANDA, Claudio. **La par condicio nel processo penale**. Milano: Giuffrè Editore, 1968, p. 15.
26. GIOSTRA, Glauco. **Indagine e Prova: dalla non dispersione a nuovi scenari cognitivi** p.55. Associazione Tra Gli Studiosi del Processo Penale. **Verso la riscoperta di un modello processuale**. Convegno in memoria di Antonio Galati. Giuffrè Editore: Milano, 2003, p. 55.
27. TONINI, Paolo. **Giusto processo – nuove norme sulla formazione e valutazione della prova**. Padova: Cedam, 2001, p. 59.

A escolha da hipótese efetivada pelo magistrado deve ser realizada aplicando todos os preceitos de garantia, a fim de que a certeza judicante possa estar aproximada da realidade fática que represente algum conteúdo de justiça. *Res iudicata pro veritate accipitur* é a força que se demonstra com a sentença que, passada em julgado, passa a representar a verdade processual, espraiando-a para além do processo. Portanto, não se olvida que o processo precisa garantir ao acusado instrumentos *equo* para combater os efeitos que advirão inexoravelmente das decisões judiciais<sup>28</sup>.

Para tanto, Paolo Ferrua aponta que o compromisso com a realidade fática dentro do processo deve ser efetivado com as garantias inerentes a este acerto, apontando o direito de defesa como inalienável, inviolável e inderrogável. Inconciliável que é o direito de defesa, o contraditório, como estudado, em grau de equivalência aparece como condição de realização da garantia indisponível, tendo como essência o direito de as partes intervirem em condições de paridade, enfatizando-se ainda a constante ameaça que tal garantia sofre<sup>29</sup>.

#### 4. PARIDADE DE ARMAS (ISONOMIA PROCESSUAL)

Observa-se que como elemento condicionante fundamental do contraditório, a paridade de armas desponta como elemento cerne para a concreção do princípio/garantia, sem o qual não haveria a sua realização e, por conseguinte, a afetação imediata ao direito de defesa, inquinando o processo de um desequilíbrio funcional inaceitável ao que propõe o que se denomina justo processo.

Não se afasta ainda de cunhar a expressão regra de ouro do processo, porquanto assevera ser o contraditório na formação da prova um novo modelo de justiça distributiva<sup>30</sup>. Portanto, não se pode negar que a paridade de armas, como elemento cerne para a realização do contraditório, ora se posiciona, também, como consectário da realização do justo processo. Esta concepção, dentro dos padrões europeus, principalmente italianos, seria a conclusão óbvia após mera leitura do que dispõe a Constituição da Itália seu artigo 111, já citado. Não obstante, a construção que ora impõe ser articulada reside na possibilidade de a transposição do elemento cerne – essência – do contraditório, qual seja o tratamento paritário, vir a ser alçada como princípio também dentro do ordenamento jurídico nacional.

- 
28. FERRUA, Paolo. *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico* in FERRUA, Paolo; GRIFANTINI, Fabio M; ILLUMINATI, Giulio; ORLANDI, Renzo. *La prova nel dibattimento penale*. G.Giappichelli Editore: Torino, 2005, p. 285.
29. “*Di queste garanzie, la più complessa e anche la più minacciata – per i fraintendimenti di cui è oggetto – è il contraddittorio, la cui essenza sta nel diritto delle parti di interloquire, in condizioni di parità, su ogni tema rilevante per la decisione.*” FERRUA, Paolo. *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico* in FERRUA, Paolo; GRIFANTINI, Fabio M; ILLUMINATI, Giulio; ORLANDI, Renzo. *La prova nel dibattimento penale*. G.Giappichelli Editore: Torino, 2005, p. 286.
30. PAOLO FERRUA – Tavola Rotonda... la regola del contraddittorio nella formazione della prova corrisponde ad un elementare principio di giustizia distributiva – per questo appunto la chiamo “Regola d’Oro” – che suona pressappoco in questi termini: non negare ad altri quel contraddittorio che vorresti fosse riconosciuto a te se fossi imputato (p. 254).

Verifica-se que de paridade de armas não se trata expressamente no ordenamento jurídico nacional, não sendo esta encontrada na Carta Maior, na legislação processual penal, embora ganhe destaque no art. 7º do Projeto do novo Código de Processo Civil, já citado. As Cortes Superiores (STJ e STF) a reconhecem, tratando-a ora como garantia, ora como princípio, ora como fundamento<sup>31</sup>.

31. HC 71408/RJ-RIO DE JANEIRO – Ementa: JUSTIÇA – PARTÍCIPES – RESPEITO MÚTUO. Advogados, membros do Ministério Público e magistrados devem-se respeito mútuo. A atuação de cada qual há de estar voltada à atenção ao desempenho profissional do homem médio e, portanto, de boa-fé. Não há como partir para a presunção do excepcional, porque contrária ao princípio da razoabilidade. JÚRI – ADIAMENTO – POSTURA DO MAGISTRADO. Ao Estado-juiz cumpre a prática de atos viabilizadores do exercício pleno do direito de defesa. O pleito de adiamento de uma Sessão, especialmente do Tribunal de Júri, no que das mais desgastantes, deve ser tomado com espírito de compreensão. JÚRI – AUSÊNCIA DO ADVOGADO CONSTITUÍDO – CONSEQÜÊNCIAS. Ausente o advogado por motivo socialmente aceitável, incumbe ao presidente do Tribunal do Júri adiar o julgamento. Injustificada a falta, compete-lhe, em primeiro lugar, ensejar ao acusado a constituição de um novo causídico, o que lhe é garantido por princípio constitucional implícito. Somente na hipótese de silêncio do interessado que, para tanto, há de ser pessoalmente intimado, cabe a designação de defensor dativo. Inteligência dos artigos nºs 261, 448, 449, 450, 451 e 452 do Código de Processo Penal, à luz da Carta da República, no que homenageante do direito de defesa, da **paridade de armas**, alfim, do devido processo legal. Júri realizado com o atropelo de garantias asseguradas à defesa e, por isso mesmo, merecedor da pecha de nulo.

HC 75527/MS-MATO GROSSO DO SUL. Ementa INTIMAÇÃO PESSOAL – CARACTERIZAÇÃO. Fica caracterizada a intimação pessoal da defensoria pública, a contrapor-se à ficta, resultante da publicação do ato no Diário da Justiça, quando remetido ao Procurador-Geral ofício veiculando a data designada para a prática do ato e constando de cópia a notícia do recebimento. Descabe burocratizar a prática judicial exigindo-se a expedição de mandado e a intimação específica do defensor que vem patrocinando os interesses do acusado. Enfoque idêntico adota-se, até mesmo, ante a necessária **paridade de armas quanto ao Ministério Público**, ou seja, ao Estado acusado.

HC 82980/DF-DISTRITO FEDERAL. EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO. JÚRI. CONCURSO DE PESSOAS. RÉUS DENUNCIADOS POR AUTORIA E PARTICIPAÇÃO. JULGAMENTO DESMEMBRADO. ABSOLVIÇÃO DO PARTÍCIPE. JULGAMENTO DO SEGUNDO RÉU, QUE, EM PLENÁRIO, INVERTE A ACUSAÇÃO INICIALMENTE POSTA NA DENÚNCIA, ASSUMINDO A PARTICIPAÇÃO NO EVENTO CRIMINOSO E IMPUTANDO AO PARTÍCIPE ABSOLVIDO A AUTORIA MATERIAL DO DELITO. ABSOLVIÇÃO. SEGUNDA DENÚNCIA EM CONFORMIDADE COM A NOVA VERSÃO DOS FATOS. ALEGAÇÃO DE AFRONTA À COISA JULGADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 110, § 2º, DO CPP. VINCULAÇÃO OBRIGATÓRIA ENTRE PRONÚNCIA-LIBELO-QUESITAÇÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 384, *CAPUT* E PARÁGRAFO ÚNICO, NA SEGUNDA FASE DO RITO DO JÚRI (*JUDICIUM CAUSAE*). 1. (*Omissis*). 2. (*Omissis*) 3. O procedimento do Júri, marcado por duas fases distintas e procedimentos específicos, exige a correlação obrigatória entre pronúncia-libelo-quesitação. Correlação, essa, que decorre não só da garantia da ampla defesa e do contraditório do réu – – que não pode ser surpreendido com nova imputação em plenário – – , mas também da **necessidade de observância à paridade de armas entre acusação e defesa**. Daí a impossibilidade de alteração, na segunda fase do Júri (*judicium causae*), das teses balizadas pelas partes na primeira fase (*judicium accusationis*), não dispondo o Conselho de Sentença dos amplos poderes da *mutatio libelli* conferidos ao juiz togado. 4. Habeas corpus indeferido.

HC 83255/SP-SÃO PAULO Ementa: DIREITO INSTRUMENTAL – ORGANICIDADE. As balizas normativas instrumentais implicam segurança jurídica, liberdade em sentido maior. Previstas em textos imperativos, hão de ser respeitadas pelas partes, escapando ao critério da disposição. INTIMAÇÃO PESSOAL – CONFIGURAÇÃO. Contrapõe-se à intimação pessoal a intimação ficta, via publicação do ato no jornal oficial, não sendo o mandado judicial a única forma de implementá-la. PROCESSO – TRATAMENTO IGUALITÁRIO DAS PARTES. O tratamento igualitário das partes é a medula do devido processo legal, descabendo, na via interpretativa, afastá-lo, elastecendo prerrogativa constitucionalmente aceitável. RECURSO – PRAZO – NATUREZA. Os prazos recursais são peremptórios. RECURSO – PRAZO – TERMO INICIAL – MINISTÉRIO PÚBLICO. A entrega de processo em setor administrativo do Ministério Público, formalizada a carga pelo servidor, configura intimação direta, pessoal, cabendo tomar a data em que ocorrida como a da ciência da

Não obstante, no projeto novo CPC, em que consistiria o tratamento paritário das partes?

A paridade de armas não se deve conceber somente como igualdade de condições com que as partes devam se posicionar, mas também o nível de reciprocidade com que o atuar de um sujeito reflete no outro, respeitando-se as diferenças funcionais dentro dos papéis que desempenham no processo<sup>32</sup>. Seria reducionista a condição de igualdade caso não houvesse a reciprocidade integrativa das ações desenvolvidas pelas partes.

Tal integração deriva de uma natureza cooperativa na formação da prova e no accertamento da verdade processual que o processo adquire ao se amoldar ao sistema acusatório, distinguindo claramente as funções de acusar, defender e julgar<sup>33</sup>. Como assevera Fredie Didier, a cooperação é uma forma de concretização do contraditório<sup>34</sup>.

É função precípua da ciência processual procurar equilibrar os instrumentos colocados à disposição da acusação e da defesa, de forma a propiciar que o processo penal, dentro do sistema acusatório, fundado no justo processo, seja dialógico na busca do accertamento da verdade fática penal. Dessa maneira, não se pode deixar de concordar, mais uma vez, com Paolo Ferrua, ao afirmar que qualquer alteração no papel e/ou nas prerrogativas de uma das partes alterará substancialmente a outra, demonstrando assim a necessidade da reciprocidade (e não igualdade) entre o atuar dos sujeitos processuais<sup>35</sup>. Uma esgrima de valores caros a uma sociedade que escolhe o manto da democracia para ajustar seus conflitos. Assim parece ter seguido o mesmo caminho a ciência processual civil no projeto ora em destaque.

---

decisão judicial. Imprópria é a prática da colocação do processo em prateleira e a retirada à livre discricção do membro do Ministério Público, oportunidade na qual, de forma juridicamente irrelevante, apõe o "ciente", com a finalidade de, somente então, considerar-se intimado e em curso o prazo recursal. Nova leitura do arcabouço normativo, revisando-se a jurisprudência predominante e observando-se **princípios consagradores da paridade de armas**.

HC 87567/SP-SÃO PAULO Ementa: *HABEAS CORPUS* – PREQUESTIONAMENTO – IMPROPRIEDADE. O fato de, em *habeas corpus*, o Órgão de origem não haver emitido entendimento sobre certa causa de pedir é desinfluyente considerada a nova impetração. O instituto do prequestionamento diz respeito tão-somente aos recursos de natureza extraordinária. RECURSO – PRAZO – TERMO INICIAL – MINISTÉRIO PÚBLICO. A entrega de processo em setor administrativo do Ministério Público, formalizada a carga pelo servidor, configura intimação direta, pessoal, cabendo tomar a data em que ocorrida como a da ciência da decisão judicial. Imprópria é a prática da colocação do processo em prateleira e a retirada à livre discricção do membro do Ministério Público, oportunidade na qual, de forma juridicamente irrelevante, apõe o "ciente", com a finalidade de, somente então, considerar-se intimado e em curso o prazo recursal. Nova leitura do arcabouço normativo, revisando-se a jurisprudência predominante e observando-se **princípios consagradores da paridade de armas**. **Precedente: Habeas Corpus nº 83.255-5/SP**, por mim relatado perante o Plenário, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 12 de março de 2004.

32. DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 59-60.
33. *Un'identità di situazioni non potrebbe essere attuata, specie nel processo penale, data la diversità di funzioni esplicite delle parti; anche sotto questo primo e più semplice aspetto, il problema dell'eguaglianza non si risolve, spesso, con l'attribuzione di situazioni soggettive eguali, ma di situazione reciproche*. (FOSCHINI. **Sistema del diritto processuale penale**, 1965, p. 261).
34. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010, vol. I, p. 81-82.
35. FERRU, Paolo. *Associazione Tra Gli Studiosi del Processo Penale. Verso la riscoperta di un modello processuale. Convegno in memoria di Antonio Galati*. Milano: Giuffrè Editore, p. 256.

Desta forma, partindo de uma premissa já relatada em 1968, na Itália, por Claudio Faranda, a paridade de armas (*par condicio*) primeiramente se inicia verificando os diferentes papéis que serão desempenhados pelas partes, e também pelo julgador, a fim de que as atribuições funcionais distintas possam encontrar um ponto de equilíbrio entre seus respectivos direitos, deveres, ônus, garantias, poderes e faculdades. Não é a simples regra para tornar direitos e deveres iguais; embora tal instrumento decorra do princípio da igualdade, dele não é dependente<sup>36</sup>.

## 5. CONTRADITÓRIO E DEFESA SUBSTANCIAL NO PROJETO DO NOVO CPC

A defesa é corolário do contraditório. Em face da dimensão substancial do contraditório, pode-se afirmar que este se fundiu à defesa<sup>37</sup>. Nesse contexto, a defesa não é ato do réu, mas garantia de ambas as partes e se constitui como o conjunto dos instrumentos adequados para o exercício do efetivo contraditório<sup>38</sup>.

A ampla defesa, ganha dimensões distintas, a depender do processo em que está inserida. Trata-se, em ambos os casos, de um ônus<sup>39-40</sup>. O poder decorrente do ônus é distinto do poder decorrente do direito subjetivo. O direito subjetivo, quando exigível (pretensão), confere ao seu titular o poder de exigir de outrem um comportamento, que tem como correlato uma obrigação (dever exigível) imputada ao sujeito passivo, no caso o Estado-juiz. No caso do ônus, este poder não possui correlação com o comportamento de outrem, satisfazendo-se com o agir voluntário daquele que o detém<sup>41</sup>. Trata-se de uma permissão em que a lei imputa ao titular um agir, impondo um risco pelo seu descumprimento<sup>42</sup>.

O ônus se insere na categoria permissão, um dos modais deônticos. Os demais são o proibido e o obrigado (lei deôntica do quarto excluído). As permissões podem ser bilaterais, que se manifestam como permitido fazer e permitido não fazer; ou uni-

36. *“Il problema della par condicio non si esaurisce – da un punto di vista sistematico – nell’attribuzione a tutte le parte ammesse ad operare nel processo di eguali facoltà, diritti, obblighi e doveri; prima che l’equilibrio tra le situazioni giuridiche attribuite alle parti, esso riguarda infatti la costituzione dei singoli uffici e le loro correlazioni per la formazione del complessivo ufficio giudiziario”* in FARANDA, Claudio. **La par condicio nel processo penale**. Milano: Giuffrè Editore, 1968, p. 3.

37. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Atendibilidade dos Fatos Supervenientes no Processo Civil**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 58-59. DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 56.

38. DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 56.

39. NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 9ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 250.

40. “Espécie de poder da parte que possibilita o agir, segundo interesses próprios, não obstante a existência de norma pré-determinada, cuja inobservância pode trazer prejuízo à própria parte onerada.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: RT, 2009, p. 164.

41. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: RT, 2009, p. 164.

42. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: RT, 2009, p. 164.

laterais, em que se permite ou fazer ou não fazer<sup>43</sup>. A permissão bilateral também é denominada faculdade.

A análise do modal deontico facilita a compreensão de como a defesa se manifesta no âmbito penal e no âmbito cível. No âmbito penal, o modal permitido se manifesta sob a forma unilateral, ou seja, permitido fazer. Por esta razão, a sua não realização implica nulidade processual<sup>44</sup>, pois o não fazer está proibido<sup>45</sup>. Isso decorre da indisponibilidade do *status libertatis*.

No âmbito cível, a permissão se manifesta na modalidade bilateral. Desta forma a defesa consiste em uma faculdade – fazer ou não fazer. Isso se dá porque no âmbito cível os direitos envolvidos são, em regra, disponíveis.

O ônus da ampla defesa, entretanto, insere-se numa relação jurídica, em que o Estado-juiz é obrigado a disponibilizar para as partes o exercício de um poder, já que ele é quem determina a citação e as demais comunicações necessárias ao efetivo exercício do contraditório. Ademais, como visto, no contraditório substancial a defesa não está circunscrita ao réu, mas aos partícipes no processo. Este dever de disponibilizar há de ser efetivo. Por isso compete ao magistrado velar pelo objeto que disponibiliza para as partes, devendo verificar e assegurar a sua efetividade.

No âmbito penal a defesa há de ser técnica, sendo indispensável a presença do advogado. No cível isso não ocorre, sendo possível o patrocínio laico (por exemplo, juizados e lides trabalhistas). A questão que se coloca é: com a adoção do tratamento paritário e do efetivo contraditório no âmbito cível, mudou ou não o modal deontico, passando a permissão unilateral para sua forma bilateral?

Em uma primeira aproximação, nada impede que haja mudança no modal deontico, máxime quando tal alteração decorre de novo comando normativo. Pode-se afirmar que haverá, com a aprovação do novo CPC, uma identidade entre o contraditório no processo penal e no processo civil?

Avançando com relação à questão proposta, tem-se que o processo penal exige que o contraditório seja efetivado mediante defesa técnica, conferindo a paridade de tratamento. Este regramento paritário não está positivado expressamente nas regras processuais penais pátrias, embora decorra do contraditório<sup>46</sup>. O tratamento paritário impede que o réu, no processo penal, seja mal assessorado em sua defesa, sendo-lhe facultado substituir advogado constituído por um defensor nomeado pelo magistrado, consoante permissivo do art. 396-A, § 2º, do CPP<sup>47</sup>.

43. VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema de direito Positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 227.

44. NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 9ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 250.

45. VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e os Sistema de direito Positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 227.

46. ROBERTO, Welton. **Paridade de Armas no Processo Penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 93.

47. ROBERTO, Welton. **Paridade de Armas no Processo Penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 93.

*HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E FORMAÇÃO DE QUADRI-LHA. SUSPENSÃO DO PROCESSO PREVISTA NO ART. 366, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

Apesar de tal entendimento fundamentado na doutrina e em decisões de tribunais superiores, o STF, na Súmula Vinculante nº 5, no âmbito do processo administrativo, reputou que não ofende à Constituição a ausência de defesa técnica<sup>48</sup>. Tal súmula indica um caminho criticado por parte da doutrina<sup>49</sup>, pois impõe limites ao contraditório e à defesa, que devem existir tanto no processo judicial como no administrativo, segundo expressa previsão constitucional (art. 5º, LV, da CF/88). O STJ, acerca da matéria, havia veiculado súmula com conteúdo diametralmente oposto (Súmula 343 do STJ, que não mais prevalece por conta da SV nº 5, já referida).

Aqui surge um problema: a existência da SV nº 5 impede que o legislador infraconstitucional positive o contraditório substancial, exigindo defesa técnica? A resposta é não. O fato de a ausência de defesa técnica não ofender à Constituição não veda que o legislador infraconstitucional possa elastecer uma garantia constitucional com intuito de conferir maior efetividade. Desta forma, não padece de mácula a proposta do código projetado em comento. Da mesma forma, não seria inconstitucional a lei que positivasse o contrário e seguisse o disposto na SV nº 5, malgrado não se concorde com a opção do STF.

---

ADVOGADO CONSTITUÍDO NOS AUTOS. JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE RECONSIDEROU A DECISÃO DE SUSPENSÃO DO FEITO. POSSIBILIDADE. PROSSEGUIMENTO DO FEITO. ADVOGADA QUE, MESMO INTIMADA, NÃO APRESENTA RESPOSTA À ACUSAÇÃO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO, NOS TERMOS DO ART. 396-A, § 2.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE RESPOSTA À ACUSAÇÃO. DEFESA QUE, EMBORA TENDO INÚMERAS OPORTUNIDADES PARA APRESENTAR A PEÇA DEFENSIVA, NÃO O FAZ. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. ORDEM DENEGADA.

1. (...) *Omissis*

2. (...) *Omissis*

3. Na hipótese, nem sequer havia razão para a suspensão do processo, tanto que, percebido o equívoco, o Magistrado determinou o prosseguimento do curso processual, uma vez que presente nos autos Advogada constituída pelo Réu. 4. No caso dos autos, aplicam-se as disposições legais referentes ao procedimento comum após as modificações realizadas pela Lei n.º 11.719/08. Decretada a revelia do Paciente, o Juízo processante determinou o prosseguimento do feito em 12/09/2008 (portanto, quando já em vigor as modificações promovidas pela referida norma). Dessa forma, o Magistrado, ante a ausência de apresentação de resposta à acusação pelo defensor constituído, pela legislação processual penal em vigor é obrigado a nomear defensor público ao Paciente para que a apresente. 5. O Juízo processante realizou todos os atos previstos em lei: ante a inércia do advogado constituído nos autos, devidamente intimado para apresentação de resposta à acusação, o Juiz, nos termos do art. 396-A, § 2.º, do Código de Processo Penal, nomeou ao Réu defensor público para que o fizesse. 6. Foi dada à Defesa a oportunidade de apresentar resposta à acusação. Contudo, embora manifestando-se nos autos, o Defensor Público ateu-se, tão-somente, a questões preliminares, não apresentando qualquer tese de mérito. 7. Não constitui nulidade a nomeação de defensor público para apresentação de resposta à acusação quando o advogado constituído não o faz, uma vez que expressamente previsto no art. 396-A, § 2.º, do Código de Processo Penal. Da mesma forma, não constitui nulidade a ausência de apresentação de resposta à acusação, uma vez que oportunizado o momento à Defesa, nos termos do art. 396-A, do Código de Processo Penal. 8. Ordem denegada.” Relatora Min. Laurita Vaz. STJ. HC 153718 / RJ. 5ª Turma. DJE 3/4/2012.

48. “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.”

49. NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 9ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 250.

A interpretação do contraditório substancial deve levar em consideração o contexto em que está inserido, já que “não há texto sem contexto”<sup>50</sup>. Assim, o contraditório inserido em um projeto de legislação processual civil observar os seus cânones.

Desta feita, a interpretação do contraditório substancial, no processo civil, deverá ser orientada pela disponibilidade dos interesses em jogo. Esta é a regra. Fica a dúvida quando o interesse for indisponível. Não raro, vê-se atuação não muito técnica dos advogados, dos defensores públicos e dos membros do ministério público, causando muitas vezes prejuízos aos interesse das partes. Caberia o uso da regra da paridade de armas e do contraditório efetivo presente no processo penal neste caso? Poderia o magistrado destituir o representante da parte que não estivesse agindo para proteger o patrimônio público ou interesse indisponível, por exemplo? Tais práticas não esbarriariam na imparcialidade, requisito para a existência do próprio contraditório efetivo?

São perguntas a que ainda não é possível dar respostas seguras. Só a jurisprudência e as construções doutrinárias poderão no futuro responder. A similitude entre a indisponibilidade tanto no penal como em inúmeras questões cíveis poderá indicar um tratamento igual para os dois ramos ou não.

Outra questão que deve ser levada em consideração é a aplicação desta cláusula nos juizados especiais. Neste caso, não será possível efetivar a paridade de armas, em sua integralidade, sem que se revogue o patrocínio laico. Mesmo assim é possível efetivar o contraditório substancial, conferindo às partes a participação efetiva na construção judicial do direito. Registre-se que o CPC informa de forma subsidiária as legislações especiais, que prevalecem quando em choque com as leis gerais.

Nos demais casos, a regra proposta deve ser interpretada combinada com a regra da eventualidade (art. 337 do CPC projetado), da adstrição do juiz ao pedido etc. Por esta razão, o contraditório efetivo, previsto no código projetado, avança, impondo ao Estado-juiz o dever de cuidar da participação efetiva das partes, conferindo aos litigantes, dentro dos limites impostos pela sistemática processual civil, poder de participar e de influir, mas sem alterar o modal deontico, que permanece sendo uma permissão bilateral (faculdade), ou seja, distinto, ainda que muito mais aproximado, do contraditório no processo penal.

Cabe ao magistrado propiciar de modo efetivo, sem se descurar da imparcialidade, a participação dos litigantes. Estes deverão participar e influenciar da construção judicial do fato e do direito. Neste contexto, fica evidente que o contraditório tem no magistrado um dos seus destinatários, já que deve atuar para propiciá-lo além de velar por seu exercício efetivo.

Ademais, a necessidade de fundamentar, levando em consideração os argumentos trazidos pelas partes, põe o magistrado como sujeito atuante para a concreção do con-

---

50. CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: Fundamentos de Incidência**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 18.

traditório<sup>51</sup>. Isto se encontra plasmado no julgamento do RMS 24.536/DF, da relatoria do Min. Gilmar Mendes, que assim estipulou: "assegurada pelo constituinte nacional, a pretensão à tutela jurídica envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador".

O direito é conhecido dos tribunais? Não. É construído nos tribunais mediante a intermediação efetiva das partes e de seus magistrados. A mesma regra vale para os fatos, como já assentava Hans Kelsen<sup>52</sup>. Esta, é o que parece ser, nesta primeira aproximação do tema, uma das formas de analisar o contraditório no código de processo que se projeta.

Não se deve esquecer a importante lição difundida por Leonardo Carneiro da Cunha, de que o contraditório deve ser possibilitado inclusive quando há matérias que o magistrado deve conhecer de ofício. O direito deixou de ser assim uma produção privada do magistrado, uma surpresa para as partes, passando a ser permeado pela interferência das partes<sup>53</sup>.

## 6. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

O texto projetado do novo CPC, na última versão da Câmara dos Deputados, traz inovações que irão impactar o modo como se produzirão as soluções para os conflitos. Introduz de forma expressa uma faceta do contraditório, que já estava lançada na obra fundamental do positivismo jurídico, **Teoria Pura do Direito**, mas que por muitos anos passou ao largo da análise da maioria dos processualistas e que, nas últimas décadas, máxime no século que se inicia, ganhou especial relevo.

A prática jurisprudencial e as construções doutrinárias já vinham apontando para a necessidade de um contraditório efetivo, no entanto, o código projetado resolveu positivá-lo. A positivação é importante, pois confere maior estabilidade ao ponto de partida, pois o contraditório em sua acepção ampla, como plasmado na Constituição Federal, em seu art. 5º, LV, sendo um conceito juridicamente aberto, gera maior indeterminação em sua aplicação.

Permanece no projeto do novo CPC como conceito juridicamente aberto. No entanto, há uma nítida opção por uma das feições do contraditório, qual seja o substancial. Isso não implica afirmar que o contraditório apenas formal não tem guarida na Constituição. Até porque, apesar de criticado, o STF, em súmula vinculante, assim vaticinou, sendo, até mudança do entendimento, possível a dispensa, por exemplo, da defesa técnica, no âmbito cível, como já ocorre na Justiça do Trabalho e nos Juizados

51. SILVA, Beclaute Oliveira. **A Garantia Fundamental da Motivação da Decisão Judicial**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 117-118.

52. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 5ª ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, p. 327-334.

53. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Atendibilidade dos Fatos Supervenientes no Processo Civil**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 60-61.

Especiais, ambos sistemas processuais cíveis independentes que sofrerão influência subsidiária do novo CPC, como já é na estrutura vigente, malgrado a prescrição projetada no art. 1º, que determina: “Art. 1º. O processo civil será ordenado e disciplinado conforme as normas deste Código”. Se se interpretar o aludido dispositivo em sua literalidade, entender-se-á pela revogação tácita dos textos legais que autorizam, por exemplo, a postulação laica, que limita de forma efetiva a paridade de tratamento. Mas essa é uma discussão cujo desfecho só se dará no futuro.

Apesar de não se saber ao certo como a opção projetada no novo CPC de um contraditório efetivo será vivenciada na prática forense, as experiências em outras searas e em outros países, bem como a prática já realizada pelos tribunais pátrios e desenvolvida pela doutrina, podem indicar caminhos para se antever como se dará a sua efetivação.

Trata-se, no entanto, de um olhar sobre o futuro, sob a perspectiva do passado, embora se saiba que o presente é quem determina o futuro, já que ele, segundo Heidegger, “é o futuro sido”.

## 7. REFERÊNCIAS

- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, vol. 1.
- CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil**. São Paulo: RT, 2001.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: Fundamentos de Incidência**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- CHIVARIO, Mario. *Associazione tra gli studiosi del processo penale. Il contraddittorio tra costituzione e legge ordinaria*. Milano: Giuffrè Editore, 2002.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Atendibilidade dos Fatos Supervenientes no Processo Civil**. Coimbra: Almedina, 2012.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010.
- FARANDA, Claudio. *La par condicio nel processo penale*. Milano: Giuffrè Editore, 1968.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8ª ed. Padova: CEDAM, 1996.
- FERRUA, Paolo. *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico* in FERRUA, Paolo; GRIFANTINI, Fabio M; ILLUMINATI, Giulio; ORLANDI, Renzo. *La prova nel dibattimento penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, Torino, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Associazione Tra Gli Studiosi del Processo Penale. Verso la riscoperta di un modello processuale. Convegno in memoria di Antonio Galati*. Milano: Giuffrè Editore, 2002.
- GIOSTRA, Glauco. *Indagine e Prova: dalla non dispersione a nuovi scenari cognitivi. Associazione Tra Gli Studiosi del Processo Penale. Verso la riscoperta di un modello processuale. Convegno in memoria di Antonio Galati*. Milano: Giuffrè Editore, 2003.
- GREVI, Vittorio. *Alla ricerca di un processo penale giusto*. Milano: Giuffrè Editore, 2000.
- GUTIÉRREZ, Daniel Mota. Notas sobre os princípios e as garantias fundamentais do processo civil no projeto do novo CPC. In ROSSI, Fernando *et al.* **O Futuro do Processo Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 5ª ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: RT, 2009.
- NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 9ª ed. São Paulo: RT, 2009.
- NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.
- ORLANDI, Mariagrazia. *La nuova cultura del giusto processo nella ricerca della verità*. Milano: Giuffrè Editore, 2007.
- SILVA, Beclaute Oliveira. **A Garantia Fundamental da Motivação da Decisão Judicial**. Salvador: Juspodivm, 2007.
- ROBERTO, Welton. **Paridade de Armas no Processo Penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Paridade de armas no processo penal brasileiro – uma concepção do justo processo**. Tese de Doutorado. UFPE. Recife-PE, 2012.
- TONINI, Paolo. **Giusto processo – nuove norme sulla formazione e valutazione della prova**. Padova: CEDAM, 2001.
- VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

# OS PODERES DOS MAGISTRADOS DEVEM CONTINUAR A SER AMPLIADOS? CRÍTICAS AO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL À LUZ DE UM MODELO CONSTITUCIONALMENTE (DISCURSIVO-DEMOCRÁTICO) ADEQUADO DE PROCESSO

*BERNARDO GONÇALVES FERNANDES<sup>1</sup> E  
RENAN SALES DE MEIRA<sup>2</sup>*

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo analisar a manutenção, no projeto de novo Código de Processo Civil, de uma perspectiva paradigmática de ampliação dos poderes do magistrado, consequência de uma leitura instrumentalista do processo. Para tanto, parte-se do parecer elaborado por comissão especial instituída na Câmara dos Deputados, trabalho cuja relatoria coube ao Deputado Federal Paulo Teixeira (PT-SP). Representativos dessa concepção que perpassa os dispositivos do projeto, optou-se por debater a questão com o foco no artigo 306, inciso III e parágrafo único<sup>3</sup> e no artigo 333<sup>4</sup> (principalmente na hipótese do inciso IV) – que autorizam a concessão de tutela

- 
1. Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Professor Adjunto IV de Teoria da Constituição e Direito Constitucional da Graduação, Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Adjunto IV de Teoria da Constituição e Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS). Professor Exclusivo Praetorium-LFG.
  2. Pesquisador do Departamento de Direito Público da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)
  3. “Art. 306. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional, quando: I – ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu; II – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha outra prova capaz de gerar dúvida razoável; III – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; IV – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa. Parágrafo único. A decisão baseada nos incisos III e IV deste artigo pode ser proferida liminarmente” (dispositivo conforme redação constante nas páginas 1046 e 1047 do relatório em comento, sob relatoria-geral do Deputado Federal Paulo Teixeira).
  4. “Art. 333. Independentemente da citação do réu, nas causas que dispensem a fase instrutória o juiz julgará liminarmente improcedente o pedido que: I – contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior

de evidência liminar e a improcedência liminar do pedido da parte, respectivamente – não se olvidando, entretanto, que diversas disposições do projeto reafirmam tal visão<sup>5</sup>.

Crê-se, aqui, que os mencionados dispositivos não estão em consonância com a compreensão do direito enquanto empreendimento coletivo. E o alerta é que a assunção de uma perspectiva exacerbadamente pró-celeridade e pró-efetividade pode se esquecer do déficit de legitimidade do Poder Judiciário quando se elege os magistrados como atores centrais (senão, por vezes, quase que únicos) nos processos judiciais. E, como exemplo de interpretação do fenômeno jurídico capaz de levar à sério a construção coletiva do direito, adota-se a teoria do direito como integridade, de Ronald Dworkin.

Antes de discorrer especificamente sobre os dispositivos em questão, opta-se pela exposição de necessárias considerações teóricas para se trabalhar – de modo crítico – o tema proposto. Sendo assim, passa-se, inicialmente, à apresentação do giro linguístico.

## 2. O GIRO LINGUÍSTICO

O direito se manifesta, em certo sentido, por meio da linguagem. Assim, não há como negar a interconexão entre direito e linguagem, o que atrai, para o âmbito da ciência do direito, as considerações em torno do giro linguístico.

O movimento do giro começa com os estudos de Frege, 1892, que, preocupado em separar pensamentos de representações, identifica nos primeiros uma estrutura mais complexa do que os segundos, de modo que eles podem ser avaliados à luz da linguagem gramatical, sendo que é imprescindível que se possa pressupor que os falantes de uma determinada comunidade linguística atribuam o mesmo significado às expressões linguísticas. A partir daí, os pensamentos passam a veicular um conteúdo específico que pode ser avaliado de acordo com a assunção de posições fundadas em razões criticáveis pelos falantes (FERNANDES; QUINAUD PEDRON, 2008, p. 184).

Ademais, quando do trato desse tema, comumente costuma-se lembrar dos trabalhos de Ludwig Wittgenstein, especificamente no que tange à sua fase (intelectualmente) madura. Em sua obra *Investigações filosóficas*, datada de 1958, realiza um ataque à

---

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; IV – for manifestamente improcedente, 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; V – contrariar enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. § 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição. § 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241. § 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em cinco dias. § 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu para apresentar resposta; se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de quinze dias. § 5º Na aplicação deste artigo, o juiz observará o disposto no art. 521. [...]” (dispositivo conforme redação constante na página 1036 do relatório em comento, sob relatoria-geral do Deputado Federal Paulo Teixeira).

5. Nesse sentido, por exemplo, verificar as disposições relativas ao incidente de resolução de demandas repetitivas, entre outras.

teoria designativa da linguagem. Sendo assim, supera-se a noção instrumentalista da linguagem, em que essa seria mero meio para se referir às coisas do mundo real.

Ainda dentro dessa tradição superada por Wittgenstein, quando se utilizava determinada palavra específica (um signo) para se referir a um objeto, tinha-se em mente determinada ideia, uma imagem intuitiva (de caráter essencial) desse objeto<sup>6</sup>. Posteriormente, a partir da referida obra de 1958, à linguagem o referido autor deu destaque central. Nesse sentido, a essa se reconheceu o papel de construção da realidade social, e não de mero instrumento dessa última. Logo, em uma perspectiva pragmática<sup>7</sup>, as palavras (signos) não possuem um significado metafísico, que paira em um mundo ideal; ao contrário, só adquirem sentido de acordo com as dinâmicas de práticas sociais, com os contextos em que são utilizadas (portanto, há o que se pode denominar *jogos de linguagem*<sup>8</sup> por trás da constante (re)construção de sentido dos signos). Assim, a título de exemplo, quando se reporta a um magistrado com a expressão “incompetente”, dependendo do contexto específico de utilização desse termo, pode-se tanto expressar que ele não realiza de modo satisfatório o seu mister ou que não detém o que a doutrina processualista costuma denominar “parcela da jurisdição” necessária à prática de certo ato judicial.

Segundo a análise de Streck,

Na *filosofia*, o *linguistic turn* (invasão da filosofia pela linguagem) operou uma verdadeira revolução copernicana no campo da hermenêutica. A linguagem, entendida historicamente como uma terceira coisa interposta entre um sujeito e um objeto, recebe o *status* de condição de possibilidade de todo o processo compreensivo. Torna-se possível, assim, superar o pensamento metafísico que atravessou dois milênios, isto porque se no paradigma da metafísica clássica os sentidos “estavam” nas coisas e na metafísica moderna na mente (consciência de si do pensamento pensante), na guinada pós-metafísica o sentido passa a se dar na e pela linguagem (STRECK, 2005, p. 521-522).

Ora, tendo-se em vista o exposto, percebe-se que não há que se falar em uma essência metafísica do direito, imutável. Ainda que permanecessem estáveis os textos jurídicos, as normas que desses derivam variam. Assim, a adoção de uma concepção

- 
6. “Em suas primeiras obras, Wittgenstein (1921) acreditava que a função das palavras consistia em aludir a alguma coisa, servir de ponto de referência de coisas reais do mundo. Quando empregávamos uma palavra como *faca*, por exemplo, tínhamos em mente uma imagem intuitiva de uma faca essencial, e aplicávamos a palavra *faca* a objetos dependendo do fato de eles se aproximarem ou não dessa noção de uma faca ideal” (MORRISON, 2006, p. 429, grifo do autor).
  7. No âmbito da semiótica, podem-se estudar os signos a partir de três perspectivas: a sintática (sintaxe), a semântica e a pragmática. “A sintaxe ocupa-se com o relacionamento do signo com outros signos; a semântica com o relacionamento do signo com o seu conteúdo designativo; e a pragmática com o relacionamento do signo dentro do contexto comunicacional em que é empregado pelas pessoas” (TEIXEIRA, 2002, p. 73).
  8. “Em um jogo de linguagem, uma palavra não é apenas dependente da relação com outras (semântica), mas também está em relação com os participantes (pragmática). O significado somente pode aparecer a partir de uma compreensão do uso da palavra dentro de uma forma de vida e não mais como especulação *a priori*. Uma mesma expressão linguística poderá, portanto, ser utilizada de forma diversa em duas situações distintas, adquirindo significações completamente diferentes” (FERNANDES; QUINAUD PEDRON, 2008, p. 185-186).

do direito enquanto empreendimento coletivo é vantajosa, posta essa questão, por ao menos dois motivos: (1) se toda compreensão de signos só pode se dar a partir das dinâmicas sociais, é mais atraente uma concepção de direito que oferece aos atores nessas práticas um convite à conjunta interpretação dessas últimas; (2) se as normas jurídicas são cambiantes no tempo, necessária se faz uma concepção de direito que se pauta pela faculdade conferida aos atores dessas mudanças de reconstruí-lo conjuntamente com os magistrados também na facticidade da decisão judicial.

### 3. A TEORIA DA INTEGRIDADE DO DIREITO – O DIREITO COMO EMPREENDIMENTO COLETIVO

Pode-se dizer que a teoria da integridade do direito, elaborada por Ronald Dworkin, trata-o como um empreendimento coletivo. É que, para o referido jusfilósofo, a interpretação no âmbito do direito – sempre construtiva – deve dialogar com a comunidade na qual o magistrado se insere (e, dentro do processo judicial, ressalte-se, há também o diálogo envolvendo o juiz e as partes), tendo sempre como base a história institucional dessa.

Assim, por ser construtiva, a interpretação nesse âmbito reconhece que não há critérios fixos para se definir qual é a deontologia expressa pelo direito em certo caso específico. Em outras palavras, não há um conjunto fixo e imutável de critérios para que se possa reconhecer o que o direito prescreve no caso concreto, para se avaliar se determinada proposição jurídica é verdadeira ou falsa<sup>9</sup>. Isso se dá pelo fato de que, como toda prática social, o direito é também carente de interpretação; não no sentido de que, para se aplicar o direito, não se prescinde de uma interpretação dos textos jurídicos e dos precedentes judiciais, mas de que, além disso, a própria prática jurídica necessita de constante interpretação<sup>1011</sup> (verifica-se, aqui, a influência do giro linguístico).

- 
9. Em decorrência, é errôneo falar, por exemplo, em uma “regra de reconhecimento”, como em Hart. Não subsiste, na teoria da integridade, uma distinção analítica forte entre Direito, Política e Moral, por exemplo.
  10. Estabelecendo-se uma analogia: imagine-se o jogo denominado poker. Durante certa partida, há dúvida sobre a correta interpretação de determinado texto que veicula certa regra desse jogo. Para se determinar qual é o sentido correto que deve ser atribuído a essa formulação, deve-se saber se o poker é um jogo, por exemplo, que diz respeito à sorte do jogador, em conseguir cartas boas, ou que busca, primordialmente, valorizar a esperteza daquele que sabe enganar o adversário – que sabe bem utilizar o blefe. Assim, nesse panorama, saber se o poker é um jogo de azar ou de esperteza é essencial para se estabelecer a correta interpretação dessa explicitação de regra. Ora, isso é uma questão de interpretar a própria prática do jogo! Logo, não apenas as regras desse jogo são interpretativas, mas a própria prática que é tal jogo é interpretativa (e ambos os aspectos são intimamente conectados). Tal é o que ocorre, à semelhança, com o direito. Ademais, é importante ressaltar que as práticas sociais são não apenas interpretativas, mas carecem de *constante* interpretação. Quer isso dizer que é possível, que, por exemplo, em certa época o poker fosse um jogo ligado à sorte dos participantes, mas que, posteriormente, tornou-se uma questão de esperteza.
  11. Nas palavras de Dworkin, “o direito como integridade [...] é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade – e como origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda” (DWORKIN, 2003, p. 273).

Divergindo os juristas sobre o que o direito realmente é e sobre a correta interpretação dos textos legais e dos precedentes judiciais, para a teoria da integridade a solução a esse respeito deve ser dada levando-se em consideração a história institucional da comunidade. Ora, é a partir dessa história que podem os juristas interpretar a prática jurídica da comunidade, esse é o ponto de partida. Entretanto, antes de detalhar sobre o tema, cabe uma breve exposição sobre a teoria da integridade.

Dworkin questiona sobre quando se pode dizer que a utilização do poder coercitivo estatal é legítima. Tal o seria quando o Estado fosse legítimo, o que só ocorre se o estado tratar a todos com igual respeito e consideração. E, para que isso se dê, mister se faz a atuação do poder público mediante uma linha coerente de princípios. Encarando-se (contrafactualmente, frise-se!) o Estado como um ente moral autônomo, seu agir deve ser tal que reflita um conjunto harmônico de princípios. Apenas a vivência sob uma assim configurada *comunidade de princípios* é que é capaz de justificar a utilização do poder coercitivo do Estado<sup>12</sup>.

Mas qual o *locus* essa comunidade de princípios? Ora, ela é expressa pela já mencionada história institucional do Estado. É essa o ponto de partida para a interpretação da prática jurídica, dos textos legais e dos precedentes judiciais. E, aqui, para facilitar a exposição de sua teoria, Dworkin ilustra a atuação que o magistrado deve ter no âmbito da integridade por meio da metáfora do *romance em cadeia*.

Nesse sentido, o magistrado deve se considerar tal qual um escritor de um romance escrito, em cadeia, por vários autores, ao qual é incumbida a redação de um capítulo. E, no exercício dessa tarefa, há a exigência de que a obra final seja vista como produto de um só escritor. Assim, cada autor dessa cadeia (à exceção do primeiro) não começaria um romance do início, mas deveria dar continuidade ao já escrito, tendo sempre que se atentar para o fato de que o capítulo de sua autoria tem que ser compatível – se adequar – com o estilo do texto já expresso pelos outros autores anteriores nessa cadeia. Ora, tal não significa uma restrição, em sentido forte, à liberdade criativa do autor, mas estabelece um ponto de partida para o desenvolvimento de seu trabalho e uma responsabilidade para com o resultado final.

Desse modo deve ser a atuação do magistrado. Partindo da história institucional da comunidade, deve decidir cada caso que lhe caiba julgar tendo em vista o que já fizeram e fazem os outros juízes de seu Estado, para que sua decisão reflita tal comunidade de princípios. Isso não culmina em uma reprodução acrítica do que já fora feito, até porque Dworkin desenvolve também uma teoria do erro institucional<sup>13</sup>. Esse ocorre quando se pode

---

12. Nesse sentido, Dworkin rejeita as noções de “contrato social”, ou “retribuição por benefícios obtidos com o Estado”, dentre outras, que já foram (e algumas ainda são) historicamente utilizadas no âmbito teórico para justificar a legitimidade da existência de um poder coercitivo exclusivo do Estado.

13. Impõe-se ressaltar que “se Hércules [juiz metafórico que Dworkin utiliza na exposição de sua teoria] classificar algum evento como erro, ele não negará sua autoridade específica, mas estará negando sua força gravitacional, e não pode então, de modo consistente, apelar para essa força em outros argumentos” (DWORKIN, 2002, p. 189).

demonstrar, por argumentos históricos ou pela menção a uma percepção geral da comunidade jurídica, que determinado princípio, embora já tenha tido no passado atrativo suficiente para convencer o poder legislativo ou um tribunal a tomar uma decisão jurídica, tem agora tão pouca força que é improvável que continue gerando novas decisões desse tipo [...]. [Também ocorre um erro institucional quando se pode] demonstrar, por meio de argumentos de moralidade política, que esse princípio é injusto, a despeito de sua popularidade (DWORKIN, 2002, p. 191).

Assim, caso satisfatoriamente justificado, a teoria da integridade aceita a superação, pelo magistrado, de antigas interpretações outrora presentes na história institucional de sua comunidade. Logo, no exercício de suas atividades, os juízes, tendo essa como ponto de partida, buscam uma resposta para o caso que têm diante de si que possa oferecer ao direito daquela comunidade um futuro honrado – uma resposta que melhor justifique a prática jurídica local como um todo, que enxergue o direito à sua melhor luz. Portanto,

Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica: oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática a coerência de princípio que a integridade requer (DWORKIN, 2003, p. 274).

Assim, a exigência de integridade no atuar dos magistrados (que impõe a esses a responsabilidade de buscar a resposta correta para o caso, que melhor seja compatível com a prática jurídica da comunidade) culmina na necessidade de que possuam amplo conhecimento sobre a história institucional de seu Estado, bem como tempo suficiente para analisá-la. O máximo que se puder cumprir dessas determinações significa uma melhor reflexão sobre tal prática social.

Completando, então, sua teoria, Dworkin elaborou a metáfora do (contrafactual) *juiz Hércules*, sobre-humano, capaz de cumprir integralmente as referidas exigências. Embora modelo ideal, não se converte em mera utopia inútil: serve de guia à atuação do magistrado. Bem representativo essa metáfora, portanto, do que ao fundo significa a integridade: a imposição ao magistrado do dever de, tendo-se em vista tais ensinamentos, dar a melhor solução ao caso (exigência de moralidade política). Reflete a integridade, portanto, a noção de responsabilidade.

Uma vez exposta a teoria da integridade elaborada pelo referido jusfilósofo, é facilmente identificável o caráter de empreendimento coletivo do direito nela presente – principalmente quando se tem em vista a metáfora do *romance em cadeia*. Entretanto, tal característica não está presente apenas na noção de que o magistrado é partícipe de uma história maior, já iniciada anteriormente; dentro do processo judicial, o provimento jurisdicional há que ser dado com o auxílio das partes. Em outras palavras, aquele deve configurar um procedimento realizado em contraditório.

#### 4. O PROCESSO COMO PROCEDIMENTO REALIZADO EM CONTRADITÓRIO

Na esteira dos ensinamentos de Elio Fazzalari, bem expostos por Aroldo Plínio Gonçalves em sua obra *Técnica processual e teoria do processo* (2012), o processo judicial deve ser entendido como espécie do gênero procedimento, sendo sua realização em contraditório a peculiaridade que o distingue enquanto tal. Ora, não é difícil perceber que a noção de contraditório como condição para a prolação de uma decisão judicial contribui para a noção de direito como empreendimento coletivo, principalmente sob uma perspectiva intraprocessual.

Diferentemente das concepções instrumentalistas do processo – que encaram o processo como uma relação jurídica – a noção de processo como procedimento realizado em contraditório põe a tônica da atividade jurisdicional nas partes, e não no magistrado. Assim, não é esse alguém ocupante de uma posição hierarquicamente superior, ao qual as partes se ligam por um vínculo de sujeição; antes, as partes são as figuras centrais no processo judicial.

Demais disso, procedimento é uma etapa de atos sequenciais voltados para a emanção de um provimento<sup>14</sup> estatal (ato final), de caráter imperativo. No caso do processo de conhecimento, por exemplo, tal provimento é a sentença de mérito, se vícios nem outros empecilhos ocorrerem ao regular desenrolar do programa determinado pelo legislador para seu desenvolvimento. Especificamente no processo judicial, como dito, a característica do procedimento é ser realizado em contraditório. Pode-se dizer, portanto, que a participação das partes é o elemento central do provimento jurisdicional. Ora, por mais que o magistrado tenha um papel também importante, não há como se falar, aqui, em um vínculo de sujeição daquelas para com este.

Adotar tal posicionamento, como o da teoria do processo como relação jurídica, acarreta o risco – agravado quando se trata da corrente instrumentalista do processo – de se considerar o magistrado como um verdadeiro “dono” do processo, capaz de suprimir garantias processuais em nome de objetivos como a celeridade do processo. No âmbito dessa referida corrente de pensamento, há uma distinção entre processo e procedimento com base em um critério lógico (FERNANDES; QUINAUD PEDRON, 2008, p. 44): atribui-se finalidades ao processo (“escopos metajurídicos do processo”), sem as atribuir ao procedimento (aqui, mero meio extrínseco de desenvolvimento do processo). Considerado o procedimento mera forma, a técnica processual não poderia ser vista sob uma perspectiva excessivamente formalista; haveria que se atentar para a noção de que o processo judicial é mero instrumento de realização do direito material

---

14. “[...] o que são provimentos estatais? Pois bem, esses são atos de caráter vinculante do Estado que geram efeitos sobre a esfera jurídica dos cidadãos. Concluímos que os provimentos podem ser legislativos, jurisdicionais ou administrativos, dependendo, logicamente, dos procedimentos que os preparam. Mas aí temos uma advertência que se dá no sentido de afirmar que o procedimento não se esgota na simples preparação do provimento. Ele, necessariamente, possui uma característica fundamental, que se expressa na forma específica de interconexão normativa entre os atos que o compõem” (FERNANDES; QUINAUD PEDRON, 2008, p. 49).

(ou, o que também é apropriado nessa tradição, de seus escopos). Em busca da noção de efetividade do processo – aptidão para que se produzam concretamente os resultados esperados do processo (BEDAQUE, 2007, p. 32) – apontam que a técnica processual só seria necessária na medida em que útil à formação da convicção do juiz, em que estritamente imprescindível à prolação da decisão.

Entretanto, Aroldo Plínio Gonçalves (2012) já alertara que tal visão da técnica pela técnica – forma pela forma – é errônea; essas formas existem em decorrência de conteúdos substanciais que elas põem em prática<sup>15</sup>. Assim, há garantias constitucionais que justificam a existência de parte considerável dos institutos da técnica processual. A necessidade de o provimento jurisdicional ser precedido de uma sequência de atos realizados pelas partes – em contraditório – decorre do modelo constitucional do processo determinado pelo ordenamento jurídico. Se aqui também se rejeita o formalismo inútil, há maior consciência de que, na maioria dos casos, a forma não deve ser assim caracterizada. Se a instrumentalidade do processo reconhece que, em certas hipóteses, a técnica adquire relevo para a proteção de determinados objetivos, verdade é que assim a entende com menos frequência. Portanto, pode-se dizer que, no processo como procedimento realizado em contraditório, seu transcurso preza sempre – excessivamente, não em um sentido pejorativo – , como a própria expressão já diz, pela efetivação do contraditório. Aqui, o magistrado não deve ser a figura central (no sentido autoritário de um “*dono*” do processo), mas coordenador desse encadeamento de atos realizados pelos referidos sujeitos processuais<sup>16</sup>.

## 5. UMA LEITURA CRÍTICA DO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Tendo-se em vista o já exposto, percebe-se que o projeto de novo Código de Processo Civil, a exemplo do que dispõe no artigo 306, inciso III e parágrafo único e no artigo 333 – na esteira da instrumentalidade do processo – contribui para afastar

- 
15. “O processo jurisdicional civil, como procedimento que se realiza em contraditório entre as partes, para a formação do provimento jurisdicional, tem, no correto desenvolvimento das atividades preparatórias da sentença, a sua primeira finalidade. Essa afirmação não pode ser tomada como uma simplificação que poderia conduzir à inexacta conclusão de que a técnica se desenvolve pela técnica e para a técnica, ou seja, de que ela se produz e se consome a si própria e nisso se esgota. Tal conclusão só poderia advir da falta do alcance do significado contido na realização do procedimento em contraditório entre as partes” (GONÇALVES, 2012, p. 148-149). Assim, “a estrutura do processo assim concebido permite que os jurisdicionados, os membros da sociedade que nele comparecem, como destinatários do provimento jurisdicional, interfiram na sua preparação e conheçam, tenham consciência de como e por que nasce o ato estatal que irá interferir em sua liberdade; permite que saibam como e por que uma condenação lhes é imposta, um direito lhes é assegurado ou um pretensão direito lhes é negado” (GONÇALVES, 2012, p. 149).
  16. “O juiz, então, desempenha um papel de *terceiro observador* do conflito: cabe a ele questionar sobre a coerência das interpretações levantadas pelos participantes (autor e réu) quanto ao caso, bem como quanto à norma adequada. Dessa forma, a decisão não é apenas sua, mas uma construção conjunta que deve ainda se voltar para a sociedade – uma vez que a mesma é a real titular (e atingida) pelo sistema coerente de normas válidas, representado pelo Direito. Uma decisão pode ser considerada fundamentada quando, além de demonstrar a reconstrução argumentativa dos acontecimentos relevantes do caso concreto, explicita a norma adequada a servir de justificativa para a ação singular” (FERNANDES; QUINAUD PEDRON, 2008, p. 271-272, grifo nosso).

do direito a noção de empreendimento coletivo. Essa busca pela **celeridade e efetividade** do processo civil, amparada em tal concepção **instrumentalista**, é, sem dúvida, o paradigma em que se baseia o mencionado projeto. E, ao se atribuir ao magistrado **poderes excessivos**, tal corrente torna a realização do direito mais uma atividade particular daquele do que algo construído conjuntamente com as partes. Ademais, os mencionados dispositivos agravam essa situação, ao possibilitar ao magistrado proferir sentença reconhecendo a improcedência liminar do pedido da parte ou concedendo tutela de evidência liminar, sem a realização da normal sequência de atos estabelecidos pelo legislador para o desenvolvimento do processo rumo ao provimento jurisdicional. E o fazem, como se pode perceber da leitura dos mencionados artigos, pressupondo que “questões de direito” prescindiriam do procedimento padrão para serem solucionadas<sup>17</sup>.

Ora, se a interpretação, enquanto atribuição de significado a algo, só pode ser feita – ante os ensinamentos do giro linguístico – a partir da perspectiva interna de um participante nos jogos de linguagem, a resolução de uma “questão de direito” também se sujeita a isso, por tratar da correta interpretação do direito vigente. Tal coaduna com a noção de direito como empreendimento coletivo, uma vez que a busca por essa solução se dá no seio de uma prática social compartilhada. Entretanto, se o magistrado aplicar os mencionados dispositivos ele estará se desvencilhando dos jogos de linguagem em que o direito se encontra, deixa de tomar parte nesses. Um jogo de linguagem só existe realmente quando não se resume a um participante; uma prática só é social quando possui mais de um ator. Ao atuar de modo monológico, o magistrado deixa de participar, realmente, da prática social do direito – portanto, a solução das “questões de direito” deixa de integrar satisfatoriamente (no nível requerido) a prática social a qual se refere e deveria constantemente se reportar, ao mesmo tempo em que a constituísse. E, aqui, haverá uma perda no tocante à racionalidade da decisão judicial que aplicar os referidos artigos do projeto de novo Código de Processo Civil.

Assim, no paradigma da racionalidade comunicativa de Habermas, a racionalidade não deve se reduzir à capacidade de um sujeito singular adquirir conhecimento, de modo solipsista. Ao contrário, parte da suposição de que o conhecimento deve ser alcançado sempre em meio a um compartilhamento linguístico entre diversos sujeitos<sup>18</sup>. Desse modo, o que sustenta algo em termos de fundamentação racional o é o critério da criticabilidade

---

17. Nesse sentido, ver que o inciso III do artigo 306 do mencionado projeto condiciona a concessão de tutela de evidência à circunstância de “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmentemente”. Em outros termos, isso significa que, sendo provados os fatos, dispensa-se a instauração do contraditório. É um dispositivo que reflete bem a mentalidade da velha expressão *da mihi factum dabo tibi jus* (“dá-me o fato, dar-te-ei o direito”) (EDITORA AMÉRICA JURÍDICA, 2005, p. 68)), que não se coaduna com um modelo de Estado Democrático de Direito, em que há a pretensão de legitimidade da atuação do Poder Judiciário. No mesmo sentido a possibilidade de o magistrado reconhecer a “manifesta improcedência” do pedido do autor, julgando-o liminarmente, prevista no inciso IV do artigo 333 do projeto em comento.

18. Portanto, o novo paradigma de racionalidade coaduna-se com a noção de direito enquanto empreendimento coletivo, uma prática intimamente relacionada à questão da integração social. O ensinamento de Fernandes e Quinaud Pedron é no sentido de que “é através da reconstrução da noção de racionalidade que se encontra o fio condutor para pensar o problema da integração da sociedade. Mas uma advertência deve ser feita: pensar a sociedade atual é pensar o problema da diferença, é pensar o pluralismo; dessa forma, a ação social voltada para

de, presente quando se tem em mente um procedimento discursivo, envolvendo diversos sujeitos em um processo argumentativo. Logo, o agir orientado pelo entendimento, que está em consonância com essa noção de racionalidade, pressupõe um comum acordo racionalmente motivado entre os participantes de um discurso. Portanto, a comunicação adquire papel central nessa concepção de racionalidade. E, cabe lembrar, o ato decisório do magistrado também não prescinde, aqui, da comunicação, visto haver a pretensão de que esse seja racional<sup>19</sup>. Desse modo, o *locus* da atuação do juiz deve ser o do agir comunicativo.

Entretanto, o que seria isso? Nos dizeres de Habermas:

O tipo de interações em que *todos* os participantes buscam sintonizar entre si seus planos de ação individuais e em que, portanto, almejam alcançar seus objetivos ilocucionários de maneira *irrestrita* – eis o que denominei agir comunicativo (HABERMAS, 2012a, p. 509, grifo do autor).

Assim, o agir comunicativo é o local onde os indivíduos buscam pautar suas ações por meio do acordo a pretensões de validade que subsistiram ante um procedimento argumentativo a que foram expostas à crítica de outros sujeitos. Diz-se, portanto, que argumentos veiculam pretensões de validade, sempre, no mínimo, de três ordens (embora a ênfase seja dada a cada uma de acordo com o quê se queira fundamentar<sup>20</sup>). Nas palavras de Habermas (2012a, p. 192):

um ator orientado [...] em favor do entendimento tem de manifestar com sua exteriorização, de maneira implícita, exatamente três pretensões de validade, a saber:

- a pretensão de que o enunciado feito seja verdadeiro (ou de que os pressupostos existenciais de um teor proposicional mencionado sejam realmente cumpridos);
- a pretensão de que a ação de fala esteja correta com referência a um contexto normativo vigente (ou que o contexto normativo que ela deve cumprir seja legítimo); e
- a pretensão de que a intenção expressa do falante corresponda ao que ele pensa.

---

o entendimento adquire relevância, buscando coordenar diversos planos de ação individuais” (FERNANDES; QUINAUD PEDRON, 2008, p. 231).

19. Tal se depreende, inclusive, do disposto no inciso IX do artigo 93 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 93. *Lei complementar*, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, *disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios*: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e *fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (BRASIL, 1988, grifo nosso). Ora, a necessidade de fundamentação refere-se, justamente, à pretensão de racionalidade das decisões judiciais.
20. Cada uma dessas ordens relaciona-se a um dos mundos que compõem o *mundo da vida* dos participantes no procedimento argumentativo: o mundo objetivo (ligado à instância da cultura), o mundo social (ligado à instância da sociedade), e o mundo subjetivo (ligado à instância da personalidade). Assim, “o agir comunicativo depende de um processo de interpretação cooperativo em que os participantes se referem simultaneamente a algo no mundo subjetivo, no mundo social e no mundo objetivo; mesmo que no ato de sua manifestação ele consiga enfatizar respectivamente apenas um dos três componentes. Os falantes e ouvintes utilizam o sistema de referência dos três mundos como uma moldura no interior da qual tecem e interpretam definições comuns relativas à situação de sua ação” (HABERMAS, 2012b, p. 221).

No âmbito do agir comunicativo, a peculiaridade dessas pretensões de validade expressas pelos argumentos é que essas são expostas à crítica dos demais participantes no procedimento argumentativo. E, para que tal crítica seja realmente possível (dando sentido à existência desse procedimento), o processo discursivo há que se aproximar de um modelo contrafactual de uma situação ideal de fala. Em outras palavras, existem regras, voltadas à garantia de uma possibilidade real de crítica, que devem ser cumpridas tanto quanto sejam possíveis – normas que darão o caráter produtivo à comunicação entre os diversos sujeitos. Assim,

Participantes de uma argumentação têm de pressupor de maneira geral que a estrutura de sua comunicação, em virtude de traços que cabe descrever de maneira puramente formal, exclui toda coação (quer ela atue a partir de fora sobre o processo de entendimento mútuo, quer se origine dele), exceto a coação do melhor argumento (o que implica também a desativação de todos os motivos, exceto o da procura cooperante pela verdade). Sob esse aspecto, pode-se conceber a argumentação como um *prosseguimento reflexivamente direccionado do agir que se orienta por outros meios ao entendimento* (HABERMAS, 2012a, p. 61, grifo do autor).

Portanto,

ao se considerar a argumentação um *procedimento*, tem-se uma forma de interação *especialmente regulamentada*. E o processo de entendimento discursivo passa a ser normatizado sob a forma cooperativa de uma divisão de trabalho entre proponentes e oponentes (HABERMAS, 2012a, p. 61, grifo do autor).

Nesse sentido, o papel dos oponentes está em concorrer para o aperfeiçoamento da fundamentação de algo, na medida em que devem cooperar pela subsistência tão somente do melhor argumento (que veicula as melhores pretensões de validade, expostas à crítica). Logo,

[a argumentação] se volta a *produzir* argumentos procedentes e convincentes, em razão de propriedades intrínsecas com que é possível resolver ou refutar pretensões de validade. Argumentos são meios com os quais é possível obter o reconhecimento intersubjetivo de uma pretensão de validade levantada pelo proponente de forma hipotética; com eles pode-se transformar opinião em saber (HABERMAS, 2012a, p. 61-62, grifo do autor).

Desse modo, a decisão de um magistrado só pode ser reputada racional, no paradigma em questão, quando esse atua diante de um procedimento argumentativo estabelecido entre as partes, em que essas podem expor o seu entendimento sobre o que o direito exige no caso concreto. E, diante desse procedimento, deve o juiz acatar aqueles argumentos que prevaleçam, quando contrapostos aos da parte contrária. Ocorre que tal só pode satisfatoriamente ocorrer quando se entende o processo como um procedimento realizado em contraditório; respeitada essa ideia é que o provimento jurisdicional pode ser reputado racional. Ainda que, aqui, as partes não busquem irrestritamente seus fins ilocucionários quando de sua argumentação no seio do processo judicial, contribuem para a avaliação das pretensões da parte contrária – construindo-se, assim, e conjuntamente com o magistrado, o fundamento da decisão, que deve aspirar à aceitação da

crítica especializada da sociedade em termos de ser a melhor resposta para o caso. Ao se julgar com base nos mencionados dispositivos, o magistrado se olvida dessa noção de procedimento argumentativo. Esquivando-se do agir comunicativo, atua tendo em vista as noções de economia processual e celeridade do processo, ao invés da busca de uma fundamentação (construída conjuntamente com as partes) sólida para a decisão. Tal dispositivo é tributário, então, de uma confusão entre motivação (convicção do juiz) e fundamentação da decisão. Conforme Fernandes e Quinaud Pedron (2008, p. 230n56, grifo do autor),

a proposta habermasiana é mais profunda, ao assumir uma perspectiva comunicativa. Nessa, não é o método que garante a verdade/correção/veracidade da pretensão de validade, mas é justamente o fato do argumento nela veiculado poder convencer os outros. Assim, não basta o “convencimento” do sujeito, mas a capacidade de transmissão e reprodução deste para os demais sujeitos participantes daquela interação. Aqui, por final, aparece uma distinção que escapa normalmente aos processualistas em *motivação* e *fundamentação* da decisão. Enquanto no primeiro caso há uma pretensão aceita como racional por um sujeito, no outro há um compartilhamento da mesma pelos demais participantes (sujeitos processuais).

Sendo a fundamentação das decisões judiciais verdadeira exigência constitucional,

figuras, como o “prudente arbítrio” do magistrado, deixam de existir, bem como qualquer forma de discricionariedade no curso dos procedimentos judiciais, haja vista que todas as decisões deverão encontrar assentimento racional dos demais participantes daquela prática. Ou seja, no momento em que o magistrado utiliza razões capazes de convencer os demais da correção de sua decisão, ele escapa do plano individual (motivação – subjetividade) e adentra no plano social (fundamentação – intersubjetividade) (FERNANDES; QUINAUD PEDRON, 2008, p. 230n56).

Assim, embora o projeto de novo Código de Processo Civil se preocupe em melhor definir os elementos essenciais de uma decisão judicial – vide § 1º do artigo 499<sup>21</sup> –, contribuindo para a garantia de que essa seja devidamente fundamentada, peca por manter a visão de que as regras do processo são úteis apenas na medida em que sirvam à formação do convencimento do magistrado. Além dos mencionados dispositivos, fica

---

21. “Art. 499. São elementos essenciais da sentença: I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1.º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limita a indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo; II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o órgão jurisdicional deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada” (dispositivo conforme redação constante nas páginas 1104 e 1105 do relatório em comento, sob relatoria-geral do Deputado Federal Paulo Teixeira).

clara a manutenção desse paradigma no projeto de novo Código de Processo Civil nos comentários do Deputado Federal Paulo Teixeira ao disposto no parágrafo 2º do artigo 138<sup>22</sup> do projeto, na página 262 do referido parecer:

[...] acrescentou-se um § 2.º ao artigo, pelo qual se estabelece o poder do magistrado de definir os poderes de que o *amicus curiae* disporá no processo.

Este poder decorre da própria natureza da intervenção.

Afinal, se é o caso de se trazer para o processo um “amigo” do órgão jurisdicional, cabe a este definir os limites da ajuda de que necessita.

Assim, por exemplo, caberá ao magistrado definir se o *amicus curiae* poderá ou não realizar sustentação oral em audiência ou em sessão de julgamento, se ele poderá ou não apresentar provas, se será ou não possível que ele se manifeste sobre elementos trazidos aos autos por outros sujeitos etc.

Ora, deixar à discricionariedade do magistrado os poderes que o *amicus curiae* pode ter, na hipótese do artigo 138, à medida que lhe caberá verificar o “limite da ajuda que necessita”, é reflexo da concepção de processo como formalidade que só se justifica na extensão do necessário à formação da convicção do magistrado. Ocorre que, em um Estado Democrático de Direito, os provimentos estatais – aí incluídas as decisões judiciais – devem aspirar à legitimidade, o reconhecimento de sua validade pelos afetados. Assim, impõe-se o abandono desse mencionado paradigma – que, em busca da celeridade e efetividade do processo civil, acarreta verdadeiro déficit de legitimidade da atuação do Poder Judiciário –, com a rejeição do artigo 306, inciso III e parágrafo único e do artigo 333, principalmente na hipótese do inciso IV (pedido “manifestamente improcedente”, segundo juízo precipitado e solipsista do magistrado). E há que se salientar que não procedem eventuais alegações no sentido de que a possibilidade de se recorrer da decisão judicial que se pautar em um dos mencionados dispositivos torna inócuas as críticas aqui feitas a esses artigos. A possibilidade de o processo judicial consistir efetivamente num procedimento realizado em contraditório não pode depender de manifestação ulterior da parte interessada, mediante a interposição de recurso. Tal solução importa um ônus injustificável à parte, que, a princípio, já deveria ser partícipe em um processo judicial de desenvolvimento regular. Deve-se, então, adotar uma concepção de processo que reconhece sua verdadeira função (que não é de ser subsídio para a formação do convencimento individual do julgador, saliente-

---

22. “Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação.

§ 1.º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos. § 2.º Caberá ao juiz ou relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção de que trata este artigo, definir os poderes do *amicus curiae*. § 3.º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas” (dispositivo conforme redação constante na página 977 do relatório em comento, sob relatoria-geral do Deputado Federal Paulo Teixeira).

-se), principalmente quando se ressalta a sua característica peculiar que é o fato de ser desenvolvido em contraditório.

Importante, aqui, as lições de Gonçalves (2012, p. 149):

Mas aí está a grandeza do contraditório. A sua presença no procedimento que prepara o provimento possibilita que as partes construam, com o juiz, o autor do ato estatal de caráter imperativo, o próprio processo, e que, assim, participem da formação da sentença. A finalidade do processo jurisdicional é, portanto, a preparação do provimento jurisdicional, mas a própria estrutura do processo, como procedimento desenvolvido em contraditório entre as partes, dá a dimensão dessa preparação: como a participação das partes, seus destinatários, aqueles que terão os seus efeitos incidindo sobre a esfera de seus direitos. A estrutura do processo assim concebido permite que os jurisdicionados, os membros da sociedade que nele comparecem, como destinatários do provimento jurisdicional, interfiram na sua preparação e conheçam, tenham consciência de como e por que nasce o ato estatal que irá interferir em sua liberdade; permite que saibam como e por que uma condenação lhes é imposta, um direito lhes é assegurado ou um pretensão direito lhes é negado.

Portanto, e de acordo com o ensinamento supra, crê-se que apenas um sistema processual em que a decisão judicial seja uma construção conjunta das partes é adequado a um Estado Democrático de Direito. Assim, do exposto, pode-se dizer que, ainda quando uma decisão puder ser reputada “correta”, ela deve ser, necessariamente, fruto de procedimento realizado em contraditório, com a participação dos afetados pela decisão. Isso porque

Entre uma decisão “justa”, tomada autoritariamente, e uma decisão “justa”, construída democraticamente, não pode deixar de haver diferença, quando se crê que a dignidade humana se realiza através da liberdade (GONÇALVES, 2012, p. 152).

Sendo o direito uma prática argumentativa, não pode deixar de ser uma construção coletiva. Hodiernamente, qualquer pretensão de legitimidade da atuação do Poder Judiciário não prescinde da crença na possibilidade de um direito construído coletivamente<sup>23</sup>. E, para tanto, imprescindível o abandono das concepções aqui criticadas, que supervalorizam a atuação do magistrado sob o argumento da busca pela celeridade e efetividade processuais.

## 6. CONCLUSÃO

Ante o exposto, conclui-se que uma concepção do direito enquanto empreendimento coletivo é necessária, a exemplo daquela adotada na teoria da integridade de Ronald Dworkin. Assim, em ao menos dois sentidos o direito deve assumir tal feição

---

23. “A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ser” (DWORKIN, 2003, p. 492)

democrática: em um aspecto macro, por não se resumir ao que os tribunais dizem que esse é (evitar-se a personificação do direito no Poder Judiciário – toda a sociedade deve ser autora na constante reconstrução do direito); em uma perspectiva micro, intraprocessual, por não ser o provimento jurisdicional ato que dispensa a regular participação das partes em sua construção.

Desse modo, tal exigência dúplice não é contraditória, mas reflete como ambos os aspectos estão relacionados entre si. A assunção de uma concepção do processo como procedimento realizado em contraditório pode muito contribuir para a garantia de que o direito, por uma perspectiva macro, seja fruto de um empreendimento coletivo e não produto de um ator único – o Poder Judiciário. Em contraposição, a noção de processo como relação jurídica, com seus escopos metajurídicos e com a subordinação das partes ao magistrado – principalmente quando atrelada à corrente instrumentalista – contraria as exigências aqui impostas para que o direito seja democrático no sentido exposto. E nessa direção se encontra grande parte do disposto no projeto de novo Código de Processo Civil, a exemplo do artigo 306, inciso III e parágrafo único e do artigo 333, que valorizam um padrão de decisão judicial pautado na atuação prioritariamente monológica do juiz.

Assim, ao se confundir, à esteira do pensamento por trás dos mencionados dispositivos, a questão da motivação da decisão (convicção do juiz) com a de sua fundamentação, o provimento jurisdicional torna-se irracional. Nesse sentido, a atividade das partes, contrapondo-se, não se presta unicamente à formação da convicção da pessoa encarregada de julgar o caso, mas à construção conjunta de uma fundamentação racional para a decisão, por meio da oportunidade de exposição (e mútua avaliação) de pretensões de validade criticáveis em torno dos temas controversos do caso *sub judice* (não apenas de “questões de fato” – âmbito probatório – mas também de interpretação do direito). Desse modo, a instauração de um procedimento discursivo é que, segundo Habermas, pode transformar a opinião em saber. No paradigma da racionalidade comunicativa, o magistrado deve atuar pautado na orientação pelo entendimento (tendo em vista os argumentos exarados pelas partes) e não pela teleologia de escopos metajurídicos do processo, que culminam por encarar o modelo constitucional de processo como mera formalidade.

A reflexão que se deve fazer, então, é se o modo como o projeto de novo Código de Processo Civil pretende resolver a questão do anseio por celeridade e efetividade processuais é satisfatório. Pensa-se que, nos moldes dos mencionados dispositivos, o que se consegue, afinal, é um déficit de legitimidade na atuação dos magistrados, conferindo-lhes excessivos poderes. O risco que se corre é de, na busca por tornar o Poder Judiciário uma instituição célere e eficaz, consolidar e legalizar uma instituição autoritária.

Não defendemos aqui a figura de um Juiz omissivo (passivo ou passivista em relação sobretudo à realidade social) que acabe por esvaziar seu papel institucional, mas acreditamos que para que ele exerça sua adequada função de garantidor dos direitos fundamentais (e não de um “tutor”-“salvador” de uma sociedade *órfã*), a concepção de processo deve ser reinterpretada pela perspectiva democrático-discursiva que vise a

“comparticipação” e ao “poliocentrismo processual”, nos dizeres de Dierle Nunes. Já está na hora dos processualistas entenderem que vivemos em uma época da necessidade da “*quebra do dogma do protagonismo dos Juízes*” e não do contrário<sup>24</sup>.

## REFERÊNCIAS

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FERNANDES, B. F; QUINAUD PEDRON, F. **O Poder Judiciário e(m) Crise**: Reflexões de Teoria da Constituição e Teoria Geral do Processo sobre o Acesso à Justiça e as Recentes Reformas do Poder Judiciário à Luz de: Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jünger Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Considerações sobre recentes decisões do Supremo Tribunal Federal permeadas pelo *self restraint* ou pelo ativismo. Reflexões críticas à luz da “teoria do direito como integridade” de Ronald Dworkin. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, nº 57, p. 69-84, jul./dez. 2010.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo**: Racionalidade da ação e racionalização social. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. 1 v.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo**: Sobre a crítica da razão funcionalista. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012b. 2 v.
- MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Ed. Juruá, 2011.
- TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Racionalidade das decisões judiciais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

---

24. Sobre o tema em análise aprofundada e rigorosa, ver “*Processo Jurisdicional Democrático*” de Dierle José Coelho Nunes. Especificamente os capítulos 5, 6 e 7 (NUNES, 2011, p.141-251).

# QUEM VÊ EMENTA, NÃO VÊ PRECEDENTE: EMENTISMO E PRECEDENTES JUDICIAIS NO PROJETO DO CPC

*BRENO BAÍA MAGALHÃES<sup>1</sup> E  
SANDOVAL ALVES DA SILVA<sup>2</sup>*

## 1. INTRODUÇÃO

O projeto de Código de Processo Civil, diferentemente do atual, redimensiona o lugar do precedente no ordenamento jurídico brasileiro. O art. 520 demanda, por exemplo, que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável. Todavia, o projeto não se assenta apenas em exigências genéricas e pouco operáveis, o disposto no art. 521 especifica princípios norteadores para a aplicação dos precedentes, tais como: legalidade, segurança jurídica, duração razoável do processo, proteção da confiança e isonomia.

Importante inovação, igualmente, diz respeito à ideia de que os precedentes judiciais devem ser respeitados com base nos fundamentos determinantes do julgado (art. 521, § 7º). No entanto, a imprescindível ideia de fundamentos determinantes corre o risco de subdesenvolvimento, não por conta do projeto, frise-se, mas por conta de uma tradicional interpretação que a prática jurídica realiza dos precedentes judiciais, qual seja, a identificação do precedente com a ementa do julgado.

O presente artigo intenciona demonstrar os riscos de interpretar o novo com os olhos dano modelo antigo. A importante inovação do projeto de CPC pode não produzir todos seus efeitos caso não superemos a interpretação ementista do direito brasileiro. Antes de discorrer com mais profundidade sobre o tema, convida-se o leitor a responder a pergunta formulada sobre o seguinte caso hipotético.

- 
1. Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor da Faculdade de Belém (FABEL). Bolsista CAPES. brenobaiamag@gmail.com.
  2. Mestre e doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA), na linha de pesquisa: constitucionalismo, cidadania e direitos humanos, Procurador do Trabalho lotado na Procuradoria Regional do Trabalho da 8ª Região, Professor da Universidade Federal do Pará (UFPA), nas disciplinas Teoria Geral do Processo e Processo Civil, ex-professor de direito financeiro e orçamento público, ex-Procurador do Estado do Pará, ex-Assessor da Auditoria Geral do Estado do Pará e ex-Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Pará.

O STF julgou, pela primeira vez, via Recurso Extraordinário, importante questão sobre direitos fundamentais. Os 11 ministros juntaram seus votos escritos ao acórdão. Os 02 ministros vencidos no caso apresentaram e juntaram substanciais e importantes votos dissidentes<sup>3</sup>. O relator do caso redigiu a ementa do julgado e o acórdão foi publicado. Com base no enunciado acima, questiona-se: onde se encontra o conteúdo do precedente formulado pelo STF, que pode ser aplicado a futuros julgamentos? A) na análise das fundamentações e argumentações principais trazidas nos votos vencedores, bem como nas possíveis distinções, presentes nas razões dos votos vencidos ou nos argumentos acessórios que acompanharam os votos vencedores, que podem, eventualmente, surgir na aplicação do precedente; B) nos informativos elaborados pela Secretaria de Documentação do STF, que contêm resumos não oficiais das decisões proferidas ou C) na ementa do julgado.

Difícilmente alguém discordaria que a resposta correta seria a letra A, entretanto, por que razão, quando citam precedentes, os juristas brasileiros transcrevem, tão somente, a ementa do julgado? O questionamento anterior conduz a outro mais importante: o que a ementa representa para o precedente? Teria a ementa força normativa ou elementos interpretativos suficientes para aplicação a julgamentos futuros?<sup>4</sup>

Nessa perspectiva, a ementa, com o passar dos anos, vem ganhando destacada importância na, ainda, incipiente prática do precedente brasileiro. Uma simples pesquisa no sítio do STF demonstra o principal indício dessa prática: o aumento de tamanho das ementas redigidas pelo tribunal, comparando as décadas dos anos 50/70 com os anos após a década de 90, é significativo. As ementas dos acórdãos da ADPF 132, da ADI 3.510, da Pet 3.388 e do MI 712 são alguns exemplos que constatarem o afirmado. Seguindo a tendência do STF, os livros de doutrina<sup>5</sup> se debruçaram de forma intensa com a pretensa missão de replicar os precedentes, mas tal pretensão tem se mostrado equivocada, pois não analisam os fundamentos utilizados para o julgamento, perquirindo os argumentos desenvolvidos pelos ministros, mas, simplesmente, transcrevem a ementa do acórdão, como se tal componente representasse toda a construção interpretativa debatida no julgado paradigma.

De instrumento de indexação das decisões dos tribunais para registro e pesquisa, as ementas passaram a substituir a necessidade do recurso às fundamentações dos votos

- 
3. A escolha do STF é simplesmente didática. Em seu lugar se encaixaria qualquer tribunal do país. Da mesma forma que a escolha do tribunal, a questão tratada e a via processual também poderiam variar (questões de direito penal, civil, administrativo, tributário julgadas em Mandado de Segurança, Recurso Especial, Recurso de Revista, Recurso Ordinário etc.).
  4. Essa questão ganha importância após a crescente e irretroativa prática de julgamento brasileira com base em fundamentos jurídicos construídos interpretativamente nos precedentes. Esse tema não teria importância se fosse analisada sob a concepção, por exemplo, de Chiovenda (CAMARA, 2008, p. 63), que confere às decisões do judiciário, enquanto atuação da vontade concreta da lei, natureza jurisdicional declaratória, em que cabe ao Legislador criar a norma e ao Judiciário aplicá-la, situação na qual a transcrição da ementa ou a utilização de fundamentações com base em precedentes teria apenas reforço argumentativo sem qualquer fundamento determinante normativo no julgamento de casos futuros.
  5. Os de péssima qualidade, claro. Boa parte deles é de fácil identificação, pois estão adjetivados: manual de direito resumido, esquematizado ou simplificado.

dos julgadores, uma vez que são redigidas com expressões com o mais amplo grau de abstração e generalização, no claro intuito de se prestar como precedente para casos futuros e exercer função análoga à lei. Edilson Nobre Junior (2008, p. 55) não hesita em afirmar que a pressa e a desatenção têm sido a tônica na aplicação dos precedentes em nosso país. Com base nestas fortes denúncias, o autor pontua que a coleta descontextualizada de ementas, fruto da pressa e do descaso, contribui para distorções na compreensão dos precedentes e no julgamento dos casos concretos. Prática que denominou de *ementismo*.

O *ementismo* pode encontrar guarida no direito brasileiro? De antemão, é possível observar que a Constituição e a legislação processual civil não remetem, em nenhum momento, à ementa do acórdão para determinar a produção de qualquer efeito jurídico relevante (efeito vinculante, *erga omnes*, impeditivo de recurso etc.), então, por que razão, em nosso país a ementa é confundida com o precedente? Quais são os riscos e perigos da identificação dos precedentes judiciais com a ementa do acórdão? Uma das principais consequências da autonomização da ementa com relação ao caso julgado é que o seu texto passa a ser interpretado tal qual ao da lei e, de forma mais preocupante, tal como uma regra, que tem a pretensão de ser aplicada ao caso concreto julgado, sem qualquer responsabilidade em saber se o caso paradigma realmente tem circunstâncias generalizantes suficientes para resolver a questão futura deduzida em juízo.

Como exemplo das considerações feitas acima e dos problemas ocasionados, podemos citar o caso do MS 21.797/RJ, julgado em que o STF, ainda que tenha aventado que os conselhos regionais tenham natureza autárquica<sup>6</sup>, não se posicionou quanto à aplicação do regime da Lei 8.112/90 ao referido órgão, uma vez que não havia conhecido da segurança neste ponto controvertido. Não obstante, a redação da ementa foi muito confusa, pois repartiu os votos vencidos e vencedores em dois tópicos em que ambos os posicionamentos foram descritos de forma propositiva e afirmativa, dificultando a compreensão<sup>7</sup>. Interpretando a ementa em sua literalidade e deixando de ler o inteiro teor do acórdão (o suficiente para sanar as dúvidas quanto ao não posicionamento do

6. Entendimento sedimentado na ADI 1.717/DF, DJ 25/02/00.

7. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ENTIDADES FISCALIZADORAS DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA: NATUREZA AUTÁRQUICA. Lei 4.234, de 1964, art. 2º. FISCALIZAÇÃO POR PARTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. I. – Natureza autárquica do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais de Odontologia. Obrigatoriedade de prestar contas ao Tribunal de Contas da União. Lei 4.234/64, art. 2º. C.F., art. 70, parágrafo único, art. 71, II. II. – *Não conhecimento da ação de mandado de segurança no que toca à recomendação do Tribunal de Contas da União para aplicação da Lei 8.112/90, vencido o Relator e os Ministros Francisco Rezek e Maurício Corrêa*. III. – *Os servidores do Conselho Federal de Odontologia deverão se submeter ao regime único da Lei 8.112, de 1990: votos vencidos do Relator e dos Ministros Francisco Rezek e Maurício Corrêa*. IV. – As contribuições cobradas pelas autarquias responsáveis pela fiscalização do exercício profissional são contribuições para-fiscais, contribuições corporativas, com caráter tributário. C.F., art. 149. RE 138.284-CE, Velloso, Plenário, RTJ 143/313. V. – Diárias: impossibilidade de os seus valores superarem os valores fixados pelo Chefe do Poder Executivo, que exerce a direção superior da administração federal (C.F., art. 84, II). VI. – Mandado de Segurança conhecido, em parte, e indeferido na parte conhecida (grifos nossos). Como podemos observar, o relator do caso, Min. Carlos Velloso, separou os entendimentos da corte, em: vencedores, que votaram pelo não conhecimento no caso da aplicação da Lei 8.112/90 (ponto II) e os vencidos (ponto III).

tribunal sobre a questão), o TST determinou a aplicação da Lei 8.112/90 aos conselhos regionais<sup>8</sup>. Como se pode observar dos seguintes trechos do inteiro teor do acórdão do tribunal laboral, a leitura descontextualizada da ementa foi a principal justificativa para a decisão<sup>9</sup>:

Acerca do regime de pessoal desses conselhos de fiscalização do exercício profissional, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 21.797-9-RJ, reconheceu a natureza autárquica do Conselho Federal de Odontologia e consignou que os servidores dessas entidades se submetem ao regime jurídico instituído pela Lei nº 8.112/90, conforme os seguintes fundamentos registrados na ementa, verbis: (...) Verifica-se, portanto, que os servidores das entidades fiscalizadoras do exercício profissional, à semelhança dos servidores do Conselho Federal de Odontologia, objeto da decisão anteriormente transcrita, deverão estar submetidos ao regime jurídico da Lei nº 8.112/90, em razão da natureza autárquica dessas entidades (grifos nossos).

Como não poderia deixar de ser, ao chegar ao STF, por meio de agravo de instrumento contra decisão que não admitiu o recurso extraordinário na origem, a Min. Carmen Lúcia, simplesmente, reiterou que o tema em debate no agravo – submissão dos servidores de conselhos federais ao regime jurídico da Lei nº 8.112/1990 – não fora objeto de análise definitiva pelo Supremo Tribunal Federal. Segundo a relatora, no MS 21.797/RJ, utilizado pelo Tribunal de origem para fundamentar sua decisão, o Supremo Tribunal não debateu a questão, pois a maioria do Plenário não conheceu da impetração neste ponto controvertido<sup>10</sup>.

O Ministro Cezar Peluso, relator da Rcl. 9.428/DF<sup>11</sup>, considerou que os fundamentos utilizados pela empresa jornalística reclamante baseou-se, exclusivamente, na leitura da ementa da ADPF 130/DF, segundo a qual (na interpretação da reclamante), pelo fato da não recepção da Lei de Imprensa (Lei 5.250/67), não poderiam haver limitações para qualquer tipo de divulgação feitas pela empresa, mesmo nos casos de processos em que tenham havido decretação judicial de segredo de justiça. No caso, os dados do processo estavam resguardados sob a decretação do segredo de justiça, uma vez que seu conteúdo dizia respeito a interceptações telefônicas, consideradas como dados invioláveis pela Lei 9.296/96.

Segundo o Ministro relator da reclamação, salvo por uma leitura simplista da ementa, mas não de uma interpretação sistemática dos votos, a impossibilidade de

8. CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. AUTARQUIA. DISSÍDIO COLETIVO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. Os Conselhos de fiscalização profissional possuem personalidade jurídica de autarquias, nessa qualidade seus servidores, são regidos pelo estatuto dos servidores públicos (Lei 8.112/1990), portanto impedidos de celebrar acordos e convenções coletivas de trabalho, via de consequência, seu sindicato não possui legitimidade para suscitar dissídio coletivo, gerando a impossibilidade jurídica do pedido (RODC – 235200-15.2004.5.04.0000, Rel.: João Batista Brito Pereira, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, DJ 26/10/2007)

9. No mesmo sentido, cf. Rcl 2.886/DF, DJ 13/09/05.

10. Decisão Monocrática no AI 734.628/RS, DJe 10/12/09.

11. Cezar Peluso, DJe 25/06/10.

publicação de conteúdo de interceptações telefônicas poderia ser considerada como violação à ADPF 130/DF. Portanto, podemos inferir que a ementa não seria uma medida suficiente para a compreensão total do posicionamento da corte acerca de um tema.

No julgamento do Inquérito 2.537/GO, em outro exemplo de *ementismo*, o Min. Marco Aurélio redigiu ementa cuja questão principal não fora discutida em profundidade no caso, nem mesmo posições majoritárias foram formadas sobre o tema, qual seja: a natureza formal ou material dos crimes de apropriação indébita previdenciária. Segue a ementa:

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA – CRIME – ESPÉCIE. A apropriação indébita disciplinada no artigo 168-A do Código Penal consubstancia crime omissivo material e não simplesmente formal. INQUÉRITO – SONEGAÇÃO FISCAL – PROCESSO ADMINISTRATIVO. Estando em curso processo administrativo mediante o qual questionada a exigibilidade do tributo, ficam afastadas a persecução criminal e – ante o princípio da não-contradição, o princípio da razão suficiente – a manutenção de inquérito, ainda que sobrestado<sup>12</sup>.

O Min. Marco Aurélio, relator, afirmou em seu voto que discordava da posição do tribunal acerca do tema<sup>13</sup>, pois o ministro considerava o delito do art. 168-A do Código Penal como de natureza omissivo-material. Entretanto, durante os debates ocorridos, em nenhum momento o tribunal reviu sua jurisprudência sobre a natureza formal do crime. O Ministro Cezar Peluso, ao reforçar, por exemplo, o aspecto formal do delito, contou, inclusive, com a anuência do relator na questão<sup>14</sup>. No caso específico do Inq. 2.357/GO, o mesmo foi trancado por conta da falta de informações substanciais acerca do andamento do procedimento administrativo fiscal, na medida em que o PGR não dispunha de informações seguras sobre a dívida, tendo requerido inclusive, anteriormente, a suspensão do inquérito para aguardar informações sobre a existência ou não da dívida. Nesse passo, o que os ministros concordaram foi o seguinte: tendo em vista que, no caso concreto, as medidas administrativas haviam começado, permanecendo dúvidas importantes, por falta de informações seguras, sobre a existência do débito, não poderiam os investigados figurar como indiciados no inquérito, quando, em casos semelhantes, nem mesmo poderia existir ação penal. Ou seja, o inquérito apenas foi arquivado por conta das particularidades do caso, não por conta de uma

12. STF, Pleno, AgR no Inq 2.537/GO, DJ 10/03/08, Rel. Marco Aurélio.

13. HC 76.978/RS, 2ª Turma, DJ 19/02/99, Rel. Maurício Corrêa; HC 84.589/PR, 2ª Turma, DJ 10/12/04, Rel. Carlos Velloso; RHC nº 88.144/SP, DJ 02/06/2006, Rel. Min. Eros Grau

14. “O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Gostaria de apenas de deixar claro, Excelência, mais uma vez, com o devido respeito, que eu não posso aderir à tese de que a tipificação desse delito dependa de procedimento prévio para liquidação do valor: “O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não é isso, Excelência. Isso também não sustento. É possível que haja dados suficientes a se prosseguir. O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: diante das particularidades do caso, concordo plenamente com Vossa Excelência”. Continua o Ministro Menezes Direito:” Poderia existir, nos autos, uma prova de que houve retenção indevida e não houve repasse. Mas isso não existe aqui. O que está disponível é uma informação de que a própria Previdência Social não tem certeza no tocante à existência, ou não, da sonegação. Por isso o processo não está concluído. Então, neste caso, como não há a outra informação, essa pareceu-me suficiente para manter o arquivamento e não o sobrestamento”.

suposta reversão de jurisprudência ou *overruling* do STF acerca da natureza do crime do art. 168-A do CP.

Mesmo no julgamento dos embargos de declaração ao acórdão proferido no inquérito, o próprio Min. Marco Aurélio afirmou que o esgotamento da via administrativa não seria necessário para a configuração do delito em tela, mas, quando for o caso de existência de procedimento administrativo com pendência sobre a existência da dívida, a persecução não poderia continuar, como no caso do julgado embargado<sup>15</sup>.

A questão era tão evidente, que, em julgamento posterior<sup>16</sup>, no qual o impetrante sustentava, com base na ementa do Inq 2.537/GO, a alteração jurisprudencial do entendimento da Corte sobre a natureza do crime de apropriação indébita previdenciária, a Min. Carmen Lúcia precisou explicar a questão nos seguintes termos<sup>17</sup>:

“(...) o caso dos autos não é idêntico ao julgamento invocado pelo Impetrante. (...) cuidava-se, então, de inquérito instaurado [a Ministra se refere ao Inq 2.537/GO] para apuração de eventual cometimento do crime de apropriação indébita previdenciária enquanto suspensa a exigibilidade do tributo previdenciário na esfera administrativa. A ação penal naquele Habeas Corpus, portanto, não teria sido sequer oferecida (...). Ademais, (...) apenas um fundamento foi efetivamente acolhido por todos os Ministros (...), qual seja, a inviabilidade da coexistência da persecução penal com processo administrativo que concluiu pela suspensão da exigibilidade do tributo previdenciário”.

Não restam dúvidas de que a ementa do julgado continha mais informações do que deveria, na medida em que os ministros, em nenhum momento, alteraram o entendimento sobre a natureza formal do crime. Entretanto, o Tribunal Regional Federal da 1<sup>o</sup> Região, ignorando o acórdão e se baseando tão somente na ementa do Inq 2.537/GO, sustentou, por certo período<sup>18</sup>, que o STF havia alterado sua jurisprudência acerca da natureza do crime<sup>19</sup>. Em alguns casos, citando apenas o número do informativo<sup>20</sup> no qual veiculada a decisão do STF, o Desembargador transcrevia a ementa do STF, mas chegava ao ponto de ressaltar seu posicionamento pessoal, porquanto discordava da suposta “alteração jurisprudencial” ocorrida naquele inquérito<sup>21</sup>.

15. ED no AgR no Inq 2.537/GO, DJ 13/11/08, Rel. Marco Aurélio.

16. HC 96.902/SP, 1<sup>a</sup> Turma, DJe 01/07/09, Rel. Carmen Lúcia.

17. No caso, inclusive, o Min. Marco Aurélio seguiu o voto da relatora.

18. Observando o equívoco, o Tribunal Federal, recentemente, alterou (novamente!) sua jurisprudência. ACR 0003583-85.2002.4.01.4000/PI, e-DJF1 23/09/201, 3<sup>a</sup> Turma, Rel. Guilherme Mendonça Doepler.

19. INQ 2007.01.00.036287-7/AC, e-DJF1 23/06/08, 2<sup>a</sup> Seção, Rel. Hilton Queiroz; RSE 2006.34.00.023860/DF, Rel. Desembargador Federal Tourinho Neto, 3<sup>a</sup> Turma, e-DJF1 07/11/2008; ACR 2001.36.00.006738-6/MT, Rel. Rosimayre Gonçalves de Carvalho, 4<sup>a</sup> Turma, unânime, e-DJF1 03/11/2008.

20. Informativo do STF? Desde quando o contido no informativo do STF substituiu votos e os debates plenários? Uma vez mais, o problema do resumo substituindo o conteúdo do principal... Da mesma forma que a ementa, o informativo vem sendo citado como se retratasse, fielmente, os votos dos ministros. Como visto, no caso em análise, mesmo os informativos não contêm as informações mais relevantes.

21. Cf. os debates ocorridos no HC 2008.01.00.022849-5/MG, DJF1 02/09/08, 4<sup>a</sup> Turma.

Por que razão o Ministro do TST e os Desembargadores do TRF da 1ª Região não leram o inteiro teor dos acórdãos do STF? Algumas considerações teóricas sobre a interpretação jurídica e sobre o que seriam os precedentes, seguramente, exerceram alguma influência nas decisões daqueles tribunais. Quais foram? Será que existem algumas condições facilitadoras, no seio da dogmática jurídica brasileira, que permitiram que o resumo de um caso ganhasse ares de precedente ou o substituísse inteiramente?

A utilização da ementa como precedente pode acarretar violações a direitos fundamentais, na medida em que as fundamentações dos votos dos ministros do STF não são estudadas, aplicadas, refutadas por distinções ou expandidas. Pelo contrário, a ementa substitui a leitura atenta dos votos e, via de regra, é aplicada fora de seu contexto de criação interpretativa, tal como conceito universal depurado de qualquer resquício do caso que serviu, efetivamente, como mote de sua formulação.

É inegável: em nosso país, a ementa assumiu o lugar de porta-voz do precedente. No entanto, conforme visto pelos exemplos, a leitura da ementa, desacompanhada dos votos, não é capaz de captar todas as nuances e circunstâncias generalizantes que envolvem a prática dos precedentes. Daí o questionamento, é possível sustentar, teoricamente, que a ementa seria o precedente ou resumiria inteiramente, de forma a desconsiderar as razões de decidir principais e acessórias advindas da interpretação construtiva do precedente?

## 2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A EMENTA DOS ACÓRDÃOS NA PERSPECTIVA LEGAL, JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA

De acordo com Hildebrando Campestrini (1994, p. 01), a palavra “ementa” tem origem etimológica no neutro plural de *ementum* (do verbo latino *emeniscor*), que significa “anotações”, “apontamentos” ou “coisas a lembrar”. Não obstante seu antecessor latino ofereça pistas sobre sua melhor interpretação contemporânea, a questão etimológica é de somenos importância. Mais importante para a compreensão do instituto é demonstrar qual a interpretação que melhor explica a posição da ementa dos julgados no direito brasileiro.

Uma breve investigação legislativa sobre o tema demonstra o caráter dependente da ementa, apresentando-a como um instrumento que não substitui ao que visa sumariar. Nesse sentido, de acordo com o § 1º, do art. 956 do último substitutivo aprovado todo acórdão deverá conter ementa, que será publicada no órgão oficial ou no Diário de Justiça eletrônico, nos termos do § 2º, do mesmo artigo e do § 3, do art. 205<sup>22</sup>. Por sua vez, o art. 499 do projeto de CPC prescreve que são partes essenciais da sentença: o relatório, os fundamentos e o dispositivo<sup>23</sup>. A ementa não é considerada parte essencial dos acórdãos, portanto. Ademais, nenhum outro dispositivo do código indica sua independência frente ao acórdão ou sobre a possibilidade de a ementa eximir a leitura do inteiro teor do acórdão.

22. O atual CPC trata do tema no art. 563 (artigo que contém a única menção à palavra “ementa” no código vigente inteiro).

23. O art. 458 do CPC vigente afirma que são partes essenciais da sentença: o relatório, a motivação e o dispositivo.

No regramento da Uniformização de Jurisprudência, por exemplo, a expressão “ementa” sequer é citada como meio apto à aferição da divergência entre os julgados<sup>24</sup>. No caso dos Embargos de Divergência, por sua vez, a simples transcrição das ementas para embasar o pleito recursal não é suficiente, uma vez que exigível o confronto comparativo de forma clara, objetiva e analítica dos casos, supostamente, divergentes das turmas<sup>25</sup>. Não obstante, a jurisprudência<sup>26</sup> superior e a doutrina (DIDIER JR; CUNHA, 2007, p, 290) admitem a comparação analítica do acórdão paradigma por meio da ementa, quando esta contiver todos os detalhes do caso paradigma e seja suficientemente clara e objetiva a ponto de demonstrar o dissenso jurisprudencial analítico sem necessidade de perquirir as fundamentações do julgado, mas para isso deve ser feito o confronto ou cotejo analítico entre a ementa do acórdão recorrido e a ementa do acórdão paradigma.

Como afirmado na introdução, o futuro CPC não poderá ser responsabilizado por dar continuidade com a tradição da prática jurídica brasileira, uma vez que disporá expressamente que a ementa será do acórdão (art. 205, § 3<sup>27</sup>), e os fundamentos determinantes, que exprimirão os efeitos dos precedentes, são coletados dos votos majoritários que comporão os acórdãos. Nada dispondo sobre a identificação da ementa com o precedente judicial (art. 521 § 7º e § 8, I e II)<sup>28</sup>.

Confrontados para esclarecer o valor jurídico da ementa, os tribunais superiores não hesitaram em reafirmar seu aspecto acessório, bem como a indispensabilidade de se observar o inteiro conteúdo do acórdão para o conhecimento do que fora decidido pelo tribunal. No âmbito do STJ, o Min. Sálvio Teixeira<sup>29</sup> considerou que, entre a substância do decidido no acórdão e a ementa equivocada, deveria prevalecer aquele, porque as ementas não integram as decisões colegiadas. Em outra oportunidade<sup>30</sup>, o Min. Humberto Martins ressaltou que a mera transcrição das ementas é incapaz de demonstrar, suficientemente, as circunstâncias identificadoras da divergência entre o caso confrontado e o paradigma, pois, para que se comprove a divergência jurisprudencial, impõe-se que os acórdãos confrontados tenham apreciado matéria idêntica a dos autos, à luz da mesma legislação federal, porém dando-lhes soluções distintas.

24. Não se pode negar que a palavra “súmula”, que consta do regramento do instituto em comento, pode, todavia, carregar os problemas que serão discutidos a seguir sobre ementa, dependendo de como for interpretada.

25. AgR-ED-EDv-AgR 674.411/SP, Pleno, Celso de Mello, DJe 06/12/11.

26. EDcl nos EREsp 70.651/SP, Humberto Gomes de Barros, Primeira Seção, DJ 14/04/1997.

27. *Os despachos, as decisões interlocutórias, o dispositivo das sentenças e a ementa dos acórdãos serão publicados no Diário de Justiça Eletrônico*

28. § 7º O efeito previsto nos incisos do caput deste artigo decorre dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado. § 8º Não possuem o efeito previsto nos incisos do caput deste artigo os fundamentos: I – prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão; II – não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão.

29. ED no RMS 7.527/RJ, 6ª Turma, 01/06/92, Sálvio Teixeira.

30. STJ, EREsp Nº 567.695/DF, DJ 25/09/2006, Humberto Martins.

Em recente decisão do STF, o Min. Dias Toffoli assentou que, quando houver divergência entre a ementa e os fundamentos do voto, a prevalência será sempre dos últimos, uma vez que a ementa é mero resumo do que foi julgado, além de ser elaborada monocraticamente pelo relator<sup>31</sup>. A preocupação do Ministro Toffoli, portanto, é com o conteúdo da ementa redigida tão somente pelo relator, que precisará resumir o julgado pelo colegiado de acordo com sua interpretação, o que pode dar ensejo a divergências entre o acórdão e a ementa<sup>32</sup>.

Em monografia específica sobre redação de ementas, Hildebrando Campestrini afirma que as ementas são importantes na área jurisprudencial porque constituem o dispositivo (a regra de conduta) resultante da decisão, passando a ter força de lei entre as partes. O autor reconhece que é uma prática muito comum a reprodução das ementas nas peças processuais e que pouco se reflete sobre o que significam, mas complementa que, embora seja o acórdão quem prevaleça nos casos em que a ementa esteja equivocada, está última deve ser muito bem elaborada, pois “é ela, e não o acórdão, que chega às mãos do usuário, seriamente prejudicado se estiver mal elaborada” (CAMPESTRINI, 1994, p. 01-02).

Ainda de acordo com Campestrini (1994, p. 05-09), as ementas se dividem em duas partes: a) *verbetação*: que seria a sequência de palavras-chave, ou de expressões, que indicam o assunto discutido no texto e b) *dispositivo*: seria, conforme o autor, a regra resultante do caso concreto.

Ao discorrer sobre as características da segunda parte da ementa, o autor, ainda que saliente que se trata de uma decisão original de um caso concreto específico, postula que o dispositivo deve ser redigido de maneira abstrata, sem se referir, portanto, a elementos concretos. Ademais disso, o dispositivo deve seguir as seguintes características: deve corresponder, exatamente, ao decidido; deve evitar expressões de caráter subjetivo; todas as palavras contidas nele contidas devem ser úteis; deve indicar condutas; o sentido das palavras deve ser exato; deve ser entendido pelo “*homo medius*”; deve admitir apenas um único entendimento; deve ser redigido sem qualquer ambiguidade; dever ser lógico e coeso (CAMPESTRINI, 1994, p. 13-42).

Ainda no plano teórico, mas sob uma ótica diferenciada e mais próxima das razões aqui defendidas, José Guimarães (2004), em trabalho que visava, fundamentalmente, a estabelecer critérios metodológicos para a redação das ementas judiciais, afirmou que a

31. AgR no RE 356.310/RS, Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 11/10/11. O mesmo fundamento já havia sido utilizado pelo Min. Moreira Alves, salientado o caráter de resumo da ementa, anos antes: HC 65.362 / RJ, Min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 16/10/87.

32. A situação já ocorreu no âmbito do STF, quando o Min. Eros Grau redigiu ementa incluindo como sendo unânimes pontos de divergência no julgado. Por meio de Embargos de Declaração, a ementa foi refeita para excluir as partes não unânimes. Mais especificamente, as manifestações do Min. Ayres Britto e Celso de Mello. É importante ressaltar o defendido pelo Min. Sepúlveda Pertence no sentido de afirmar que a ementa demonstra a parte unânime do resultado do julgado, mas que a fundamentação da decisão estava presente no voto do Min. Eros Grau, ainda que o mesmo tenha redigido, equivocadamente, a ementa. Dito em outras palavras, a simples leitura do voto do relator sanaria as dúvidas criadas pela ementa. ED na ADI 2.591/DF, Pleno, Min. Eros Grau, DJ 13/04/2007.

ementa seria uma base documental para a pesquisa jurídica, consubstanciando elemento representativo, ou seja, um resumo do acórdão, não se identificando, portanto, com o julgado (GUIMARÃES, 2004, p. 13)<sup>33</sup>. Nesse sentido, do ponto de vista bibliotecnômico, a ementa se caracterizaria por ser um resumo especializado de natureza técnico-científica, que intenciona permitir a quem a ler resolver sobre a conveniência ou não de consultar o acórdão completo. Portanto, a função precípua da ementa reside em servir de apoio à pesquisa, atuando como produto documentário facilitador do processo de recuperação da informação (GUIMARÃES, 2004, p. 61-62). Mesmo que tenha tido a preocupação em delimitar a função precípua da ementa como documento auxiliar ao acórdão e de facilitador da pesquisa jurisprudencial, o autor aponta para uma suposta “função pedagógica” da ementa, ressaltando sua aptidão em oferecer orientação genérica sobre uma questão em que o direito apresenta lacuna (GUIMARÃES, 2004, p. 65). Sem embargo da questionável “função pedagógica”, partindo das premissas de José Guimarães pode-se concluir que: ainda que importante, a ementa apenas resume o que de mais relevante se decidiu no caso julgado, para que o pesquisador (advogado, juiz, acadêmico etc.) saiba a problemática discutida e possa julgar se irá recorrer, ou não, à leitura do inteiro teor do acórdão.

Todavia, será que a ementa possui alguma outra utilidade jurídica, além de um resumo para fins catalográficos? Teria a ementa a função de estabelecer a regra geral decorrente do caso concreto? Ruy Rosado (2008)<sup>34</sup>, por exemplo, a considera não como um simples resumo do julgado, mas sim “a norma jurídica judicializada, criada para o caso objeto do julgamento”. Daí o cuidado que o relator deverá tomar, pondera o citado autor, ao confeccionar a ementa, uma vez que será crucial que contenha “linguagem que torne o texto compreensível por si” e que o relator procure “evitar as palavras que, no texto, permitam duplo sentido”. Tendo em vista as ideias expostas, a conclusão do raciocínio do autor não poderia ser outra: mesmo sabendo que o pesquisador apenas recorrerá ao inteiro teor do acórdão por meio da ementa, caso a última seja bem elaborada, a pesquisa ao precedente está satisfeita com a simples leitura da ementa e o recurso aos votos se torna supérfluo. Dito em outras palavras, caso a ementa seja bem redigida ela substitui a leitura do inteiro teor do acórdão<sup>35</sup>.

Sérgio Sérvulo da Cunha (1999, p. 19) explica que as decisões tomadas pelos tribunais, com base na interpretação das leis, são condensadas em ementas que, como as leis, são dispostas em forma de preceitos, mas com um nível de generalidade inferior àquelas, como um subconjunto do conjunto abrangido de forma hipotética pela lei. O autor salienta que, mais do que um simples resumo do caso, os relatores da ementa,

33. De acordo com o autor “a ementa, embora fisicamente gerada junto com o acórdão (sendo originalmente publicada no alto daquele) não é parte, mas sim documento contíguo àquele” (GUIMARÃES, 2004, p. 62)

34. Em tempo: é bem verdade que, no começo do texto, o autor reforça o aspecto informacional que a ementa representa, possibilitando ao pesquisador conhecer a origem do julgado, bem como seu conteúdo.

35. O STJ parece, por vezes, concordar com a tese de Ruy Rosado, uma vez que, caso o texto da ementa seja suficiente para evidenciar o dissídio pretoriano, a transcrição integral do acórdão paradigma não seria necessária para o conhecimento dos embargos de divergência. EDcl nos EREsp 70.651/SP, Humberto Gomes de Barros, Primeira Seção, DJ 14/04/1997.

atualmente, tendem a redigi-la, ao modo do legislador, como enunciados abstratos capazes de orientar a decisão de casos semelhantes. O autor identifica, inclusive, a *ratio decidendi* de um julgado à ementa presente nos acórdãos (CUNHA, 1999, p. 137).

Um importante questionamento surge do posicionamento de Ruy Rosado e Sérgio Cunha sobre a importância jurídica da ementa: como o pesquisador saberá se a ementa foi bem redigida se ele não consultar o inteiro teor do acórdão? Como saber, por exemplo, que na ementa constam todos os dados relevantes do caso, sem que se observem as discussões ocorridas ao longo do julgamento?<sup>36</sup> Como saber se o relator, por descuido, omitiu<sup>37</sup> ou se equivocou<sup>38</sup> acerca de pontos importantes das discussões realizadas? Com saber se o relator incluiu ponto nunca debatido pelo tribunal?<sup>39</sup> Se a ementa carrega preceitos abstratos, como garantir que sua interpretação será sempre uniforme? Uma vez que a ementa carrega em si a *ratio decidendi*, como o intérprete pode se certificar de que o relator extraiu a razão de decidir corretamente? E, ainda, os fundamentos do precedente apenas se aplicam ao subconjunto de casos indexados pela ementa? E talvez a pergunta mais importante: será que é possível saber quando o resumo de algo substitui o inteiro teor daquilo que intenciona resumir, somente, pela leitura do primeiro?

### 3. O SECULAR ATRASO TEÓRICO: A ESCOLA DA EXEGESE E O CONCEITUALISMO COMO COMPREENSÕES HERMENÊUTICAS

Se as ementas não possuem relevância jurídica e dependem, prejudicialmente, do conteúdo do acórdão (lugar onde se encontram os votos, discussões, dissidências e características do caso julgado), quais são as teorias que podem dar reforço à difundida compreensão no país de que as ementas são autônomas e se interpretam como se os sentidos das palavras nela presentes pudessem ser fixados anteriormente, no intuito de resolver casos posteriores?

Duas correntes do pensamento jurídico podem oferecer bases teóricas capazes de esclarecer a prática da interpretação das ementas no Brasil: a escola da exegese francesa e o conceitualismo<sup>40</sup>.

36. STJ, EDcl nos EREsp 93.817/CE, 1ª Seção, DJ 03/08/98, Helio Mosimann.

37. STJ, EDcl no REsp 98.851/PR, 1ª Turma, DJ 29/09/97, Garcia Vieira.

38. A ementa da ADI 541/PB consta que a decisão dizia respeito ao Procurador-Geral de Justiça, enquanto, na realidade, concernia aos Procuradores do Estado.

39. STJ, EDcl nos EREsp 6.474/SP, 1ª Seção, DJ 13/12/93, Milton Pereira.

40. A correlação entre as teorias como inspiradoras do hábito interpretativo brasileiro foi estabelecida, inicialmente, por Lenio Streck (2010, p. 161). Uma crítica que poderia ser feita à referida correlação é a de sua dupla impertinência: de um lado, porque o conceitualismo ou o exegetismo nunca foram influência direta e explícita da dogmática jurídica brasileira, ou, por outro lado, porque tais correntes não são utilizadas, atualmente, por parte dos principais teóricos nacionais do direito para explicar o fenômeno jurídico. As duas colocações estão corretas. Não estamos afirmando que nossos teóricos ou tribunais se fundamentam naquelas abordagens do Direito, deliberadamente, mas sim que, para explicar o exposto processo de entificação da ementa e a forma com que ela é interpretada, os melhores paradigmas teóricos são compreensões racionalistas e formalistas do

O advento do Código de Napoleão (1804) e da escola francesa da exegese<sup>41</sup> reforçaram o dogma revolucionário francês da onipotência do legislador. De acordo com os principais autores da referida escola<sup>42</sup>, a interpretação do código (considerado como um corpo de normas sistematicamente organizadas e expressamente elaboradas) deveria ser passiva e mecânica. A interpretação mecânica seria justificada pela manutenção da certeza do direito e da exatidão das consequências dos comportamentos dos indivíduos, ideais que apenas seriam garantidos pela existência de um estável, claro e acessível corpo de leis. Além de identificar, ideologicamente, a vontade da lei como a vontade escrita do Estado, o direito se resumiria e se igualava à lei posta. Imperava, por conseguinte, o culto ao texto da lei (BOBBIO, 1995, p. 78-88). Em suma, para a referida escola, o direito se identificava com os sentidos estáticos presentes nas palavras que compõem a lei e esta, por sua vez, teria o condão de solucionar todos os problemas futuros que ocorressem, pois o texto era autônomo e não se contaminava com as ricas e diversas circunstâncias da vida real.

A preocupação de Ruy Rosado, apontada mais acima, em garantir que o redator da ementa empregue palavras que evitem contradições e sejam suficientes por si mesmas, expressa o ideário exegeta de limitar o alcance da lei aos limites semânticos do texto, bem como expressa o ideal de que as palavras sempre carregarão consigo (e que estes nunca mudarão) os significados que lhes atribuíram os redatores da ementa.

À teoria exegetica, soma-se a resposta alemã do século XIX para o problema da inevitável criação do direito por meio da interpretação<sup>43</sup>: a Jurisprudência dos Conceitos<sup>44</sup>. Tendo em vista que o ideário positivista clássico que confundia o direito com a produção legislativa começara a ruir no começo do século XIX, Georg Puchta, na tentativa de salvar o modelo sujeito-objeto inerente à interpretação do positivismo clássico, sustentou que seria possível extrair princípios jurídicos a partir de conceitos abstratos sem recurso às situações reais da vida<sup>45</sup>. A referida teoria, portanto, reforçava o ideal de autossuficiência da lei (KAUFMANN, p.167-168).

---

Direito. Afinal, "Jurisprudence is the general part. of adjudication, silent prologue to any decision at law" (DWORKIN, 1986, p. 90).

41. A denominação da escola deriva da técnica daqueles que comentaram o Código de Napoleão, que, no intuito de agregar tratamento científico às interpretações realizadas, seguiam a mesma sistemática de distribuição da matéria estruturada pelo legislador, realizando comentários, artigo por artigo, do próprio código (BOBBIO, 1995, p. 83). É difícil acreditar que, mesmo 200 anos após o Código de Napoleão, a prática judicial brasileira ainda crê que a exposição de comentários descontextualizados de artigos e incisos estudados "em tiras" e a coleta de ementas de julgados desvinculadas dos casos que lhes deram origem são importantes fontes de interpretação de nossos códigos. Sobre a impropriedade de se interpretar o direito "em tiras", cf. Eros Grau, 2003, p. 122.
42. Alexandre Duranton, Charles Aubry e Frédéric Charles Rau.
43. Gárcia Amado (2006, p. 153) considera que ambas as teorias, embora com particularidades referentes aos contextos que lhes deram origem, padeciam de um mesmo mal: compartilhavam a ingenuidade formalista de compreender a interpretação como simples subsunção de uma premissa maior a uma menor.
44. Jurisprudência considerada como teoria do direito, não como uniformização de precedentes.
45. Para Puchta, os conceitos existentes abstratamente poderiam servir para resolver os problemas de aparentes lacunas, na medida em que existem para suprir todos os problemas jurídicos. Ademais, suas combinações possibilitariam a extração de regras implícitas nos textos legais (NINO, 1996, p. 326).

Para Puchta, o sistema de conceitos, que se determina pelos princípios da lógica formal, se assemelha a uma pirâmide. A largura da referida pirâmide conceitual expõe a compreensão e a sua altura, a extensão do conceito. O sistema ideal se perfaz quando, em seu vértice, se encontra o conceito mais geral possível, em que se possam subsumir todos os demais, incluindo os termos intermediários, excluindo, por óbvio, as particularidades de todos<sup>46</sup>. A legitimidade da norma jurídica estaria, intimamente, ligada à correção lógica do conceito, na medida em que as normas são extraídas dos conceitos. A ideia principal é a de que o nexo lógico que perfaz a organicidade dos conceitos possibilita a indução das proposições jurídicas ainda não interligadas. Isto porque, se um conceito inferior se subsumir a um superior, valerão para aquele o que for verdadeiro para o último<sup>47</sup>. A única forma de evitar um argumento circular na dedução conceitual é dotar de autonomia o conceito supremo, do qual se deduzem os demais. O conteúdo do conceito superior se encontra nas discussões da filosofia do direito, ou seja, não pode ser inferido pelo direito positivo (LARENZ, 1997, p.21-26).

Semelhante à jurisprudência dos conceitos, o conceitualismo norte-americano defendia a existência de conceitos autônomos como limite da interpretação jurídica. Segundo o conceitualismo, seria possível fixar os sentidos dos termos gerais das palavras estabelecidas em um caso anterior como sendo capazes de resolver todos os problemas posteriores que surgirem, em artifício, supostamente, capaz de limitar a escolha decisória do intérprete em casos futuros<sup>48</sup>. Isto implicava na utilização de certos aspectos escolhidos de um caso específico e na afirmação de que eles seriam, ao mesmo tempo, necessários e suficientes para trazer algo que os retivesse dentro do âmbito da regra, independentemente de quais fossem os outros aspectos que pudessem ter (ou que lhes pudesse faltar) e sem maiores preocupações com as consequências sociais derivadas da aplicação da regra dessa maneira. O objetivo era manter a possibilidade de previsão para os casos futuros ainda que, completamente, desconhecidos pelo intérprete (HART, 1986, p. 142).

O conceitualismo, em suas abordagens alemãs e norte-americanas, descrito acima pode ser encontrado na ideia de Sérgio Cunha, exposta linhas antes, de que a ementa contém um subgrupo inferior dos casos albergados pela lei e que seriam úteis para o julgamento de casos posteriores, como se a ementa fosse um conceito depurado de tudo que lhe deu origem e como se todas as respostas dos casos estivessem contidas nela.

46. Em caso de lacunas, o juiz deveria saná-las pelo método da construção, que tinha por objeto a interpretação de conceitos abstratos que permitiam ao juiz extrair as regras necessárias para o caso. De acordo com o referido método, se destilava um conceito, derivando de seu corpo de normas jurídicas pré-existentes, deduzindo novas regras dele. Tais conceitos eram considerados como entidades independentes (SICHES, 1965, p. 635).

47. Por exemplo, o conceito de “servidão de passagem”, que, de forma ascendente, produziria o seguinte raciocínio indutivo: direito subjetivo –> direito subjetivo a algo –> direito subjetivo a uma coisa –> direito real. Sendo, portanto, direito real, seu conteúdo será determinado pelas regras desse ramo do ordenamento jurídico.

48. Hart. (1983, p. 265-270) identifica, em certa medida, as críticas feitas por Rudolph Jhering à Jurisprudência dos Conceitos às críticas feitas por Wendell Holmes Jr. ao Conceitualismo norte-americano, sendo possível, por essa razão, utilizar as críticas do autor ao conceitualismo, como será feito *infra*. O maior contraste entre as abordagens estaria no alvo da utilização dos conceitos: no caso de Jhering, os teóricos do direito; no caso de Holmes, os juízes e operadores práticos do direito (HART, 1983, p. 268).

Ao ler o posicionamento, ainda que abreviado, das referidas teorias sobre o direito e sobre a hermenêutica o leitor sentiu a sensação de *déjà vu*? Talvez pela forma com que esteja acostumado a manusear e a ver os precedentes serem manuseados pelos tribunais: como ementas cuja abstração seria a janela para permitir a entrada de todos os casos posteriores, bem como redigidas com palavras que carregam em si toda a essência do instante da realidade que visam a aprisionar, justificando, para fundamentar uma decisão, a sua simples transcrição.

#### 4. A EMENTA NÃO É O PRECEDENTE E VICE-VERSA! JUSTIFICATIVAS

*Refutações ao conceitualismo e ao exegetismo.*

Todas as correntes teóricas acima foram alvo de severas críticas nos últimos dois séculos e perderam muito de sua atratividade analítica. Todavia, nos meios forenses e na dogmática manualesca, os ideários conceituais e exegeticos ainda insistem em autonomizar textos e em defender a limitação à tarefa interpretativa pela semântica.

A confecção da ementa de um acórdão no Brasil, semelhante ao defendido pelo conceitualismo alemão e norte-americano, reflete o intuito de extrair tudo que é particular, característico e singular do caso concreto, ao utilizar termos abstratos que seriam, supostamente, capazes de resolver problemas semelhantes que surgirem posteriormente. Ademais, as palavras abstratas utilizadas, tal como defendido pelos exegetas franceses, serviriam como pontos fixos na interpretação, uma vez que seus sentidos seriam os mesmos para todas as aplicações possíveis da ementa.

Os autores positivistas do século XX, tal como Kelsen, Hart. e Schauer abandonaram, completamente, a ideia de que a interpretação jurídica pudesse se realizar pela simples citação dos textos legislativos, assim como a ideia de que conceitos abstratos universais limitam as decisões judiciais. Então, por que nossos juristas insistem em citar a ementa, fora de seu contexto, como uma fundamentação possível para suas sentenças, pesquisas, peças etc.?

Hart. (1986, p. 139-141), criticando o conceitualismo, observou que as situações particulares fáticas que podem surgir no mundo não estão à espera de um simples “descobrimto” para que o intérprete possa etiquetá-las com a regra (no caso do presente estudo, com a ementa). Ademais, nem mesmo a regra (no nosso caso, a ementa) pode prever e reconhecer, para si mesma, os casos que atrairão sua aplicação. Isto apenas seria possível se o mundo fosse caracterizado por um número finito de aspectos e acontecimentos cujas combinações fossem conhecidas, de antemão, por todos<sup>49</sup>.

Como discípulo de Savigny, Puchta acreditava na construção lógica e na organicidade do direito, representada pela imagem da pirâmide conceitual. Ainda nos passos do primeiro, afirmava que as proposições jurídicas poderiam ser extraídas do espírito

---

49. A crítica de Hart. é importante e válida, todavia, não é possível concordar com o autor quando atesta que esses problemas não ocorrem nos chamados casos fáceis, em que há relativo consenso na interpretação, mas sim nos casos difíceis, por conta de limites da linguagem.

do povo e sistematizadas pela filosofia do direito. O problema de tal compreensão é a possibilidade de surgirem diferentes variantes das “construções” realizadas pelo intérprete no momento da depuração dos conceitos (SICHES, 1965, p. 635). Nesse sentido, mesmo que a ementa fixe palavras abstratas descontextualizadas do caso que lhe deu azo, não significa que os juízes irão interpretá-la, sempre, da mesma forma, ou seja, o ideário de depuração da realidade nunca poderá alcançar um resultado ótimo. De mais a mais, conforme Larenz (1997, p. 29), o formalismo de propor uma subsunção de termos fixos de todos os fenômenos jurídicos e de lhes atribuir uma posição irreversível de conceitos rigorosamente circunscritos, acarreta uma inevitável alienação do jurista da realidade social e moral<sup>50</sup>. No afã de resolver a demanda, o juiz, dispondo de rico banco de ementas disponibilizado pela *internet*, dispensará pouca atenção aos fatos relevantes do caso e irá utilizar, simplesmente, a ementa que julgar cabível, sem atentar para as particularidades do caso que originou a ementa utilizada como precedente.

Na mesma linha da crítica de Larenz a Puchta, Maurício Ramires (2010) argumenta que a utilização das ementas leva ao esquecimento do mundo concreto, pois são apenas verbetes de poucas linhas que ganham independência do contexto dentro do qual foram criados, e as ementas são redigidas de acordo com os termos mais gerais possíveis, ou seja, o relator busca um ideal de depuração dos conceitos, até se chegar à absoluta abstração e pureza dos mesmos.

*As mazelas do ensino e da prática jurídica brasileira*

O ensino combalido e a dogmática de pouca profundidade, antes de serem justificativas do por que é incorreta a identificação da ementa com o precedente, são condições facilitadoras de tal identificação. Nesse sentido, a dogmática jurídica brasileira ainda permanece assentada no paradigma de cunho liberal clássico individualista que não assimilou a filtragem hermenêutica<sup>51</sup>, forjado para a resolução de disputas interindividuais<sup>52</sup>. Com base em pressupostos defasados, o caráter instrumental do ensino e da produção do conhecimento jurídico se sobressai, permitindo que os teóricos do direito se prontifiquem em colocar à disposição do operador um *prêt-à-porter* significativo contendo uma resposta pronta, rápida e de fácil assimilação<sup>53</sup>, no entanto, quando ocorrem eventos de maior relevo social, tal dogmática não tem o condão de resolver ou estabelecer uma suficiente justificativa de atuação para solucionar o problema enfrentado<sup>54</sup>. Com efeito, o ensino (que reflete na prática) do direito em nosso país facilita que compreensões equivocadas sobre o precedente e sobre a ementa sejam difundidas.

50. A uma conclusão semelhante chega Wieacker (1980, p. 458), para quem o racionalismo de Puchta alheou a ciência do direito dos problemas sociais, na medida em que o formalismo intelectual era o suficiente para as especulações do jurista.

51. Nesse sentido, Cf. a seminal obra Lenio Streck (2004, p. 33-35).

52. Nesse sentido, Cf. José Eduardo Faria (1989).

53. No caso do trabalho em questão, cite-se a profusão de ementas de julgados prolatados por todos os tribunais do país.

54. Os exemplos poderiam ser muitos, mas nos limitaremos em apresentar apenas duas decisões de juízes singulares que causaram espanto na comunidade jurídica no ano de 2007 e que expõem a fragilidade de uma pobre formação jurídica, que se reflete, consecutivamente, na baixa qualidade das provas dos concursos para

O ensino jurídico mecanizado e instrumental, calcado em manuais de duvidosa valia teórica (ou em sinopses de conteúdo raso e superficial), ainda povoa as faculdades de direito<sup>55</sup>, simplificando e esquematizando o direito, partindo da construção de *standards* reproduzidos em salas de aula e, posteriormente, nos fóruns. A doutrina, por sua vez, resume-se a um conjunto de comentários superficiais sobre teses e ementários jurisprudenciais, desacompanhados do respectivo e importante contexto de suas produções, por meio de um casuísmo didático, como se a realidade pudesse ser aprisionada em conceitos universais e permanentemente replicáveis<sup>56</sup>.

Após tantos anos de concepção paradigmática do Estado Democrático de Direito, do giro linguístico e do novo constitucionalismo, ainda se ver, além de tantas outras atrocidades jurídicas: *a)* um modelo de ensino jurídico que ainda não superou a leitura de leis e códigos comentados; *b)* a doutrina que busca enunciado linguístico nos repositórios jurisprudenciais e ementas que descrevem de forma breve algum julgado; *c)* referência à simples citação de tribunal para atribuir o sentido do texto, perdendo-se as especificidades do caso concreto; *d)* interpretação constitucional com base em julgados anteriores à Constituição atual e com base em leis e códigos; *e)* fundamentação das decisões judiciais com base em citação de leis, súmulas ou verbetes, sem qualquer responsabilidade política dos juízes, como diz Dworkin e *f)* a questão entre direito e moral não superada, atribuindo ao problema dos princípios e regras conteúdo semântico; etc. (STRECK, 2010, p. 98-100).

O direito, por sua vez, é considerado como uma tecnologia de controle, que se satisfaz com a oferta de uma formação acadêmica unidisciplinar, informativa, despoliticizada e adestradora de seu profissional, sob a suposição de que o ordenamento jurídico

---

importantes carreiras jurídicas. A primeira delas, da lavra do Dr. Manoel Maximiano Junqueira Filho, juiz da 9ª Vara Criminal Comarca de São Paulo, capital, decidiu que não havia nenhuma conduta criminosa no ato de chamar um jogador de futebol de homossexual. Não satisfeito, o juiz fundamentou sua decisão no sentido de que “ (...) o futebol é jogo viril, varonil, não homossexual (...) Quem se recorda da Copa do Mundo de 1970, quem viu o escote de outro jogando (Félix, Carlos Alberto, Brito, Everaldo e Piazza; Clodoaldo e Gérson; Jairzinho, Pelé, Tostão e Rivelino), jamais conceberia um ídolo seu homossexual (...)”. Para o juiz, “o que não se mostra razoável é a aceitação de homossexuais no futebol brasileiro, porque prejudicariam a uniformidade de pensamento da equipe, o entrosamento, o equilíbrio, o ideal”. Outro exemplo pode ser colhida da decisão do Dr. Edílson Rumbelsperger Rodrigues, da Comarca de Sete Lagoas, Minas Gerais, em que decidiu pela inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha (11.340/06), fundamentando que a “*Lei Maria da Penha — como posta ou editada — é portanto de uma heresia manifesta. Herética porque é anti-ética; herética porque fere a lógica de Deus; herética porque é inconstitucional e por tudo isso flagrantemente injusta. Ora! A desgraça humana começou no Éden: por causa da mulher — todos nós sabemos — mas também em virtude da ingenuidade, da tolice e da fragilidade emocional do homem.*” Concluiu que “*Ora! Para não se ver eventualmente envolvido nas armadilhas desta lei absurda o homem terá de se manter tolo, mole — no sentido de se ver na contingência de ter de ceder facilmente às pressões — dependente, longe portanto de ser um homem de verdade, másculo (contudo gentil), como certamente toda mulher quer que seja o homem que escolheu amar.*”

55. As faculdades de direito se transformaram em “escolas da legalidade”, na medida em que se limitam a reproduzir soluções pré-elaboradas a partir de casos exemplares, mediante premissas e conceitos nascidos no século XIX e consolidados em meados do XX. Tal ensino acaba por atribuir significados arbitrários à realidade social, plasmando-a em discursos reificantes, a-históricos e com pretensões de generalidade (FARIA, 1989, p. 104).
56. No caso da interpretação das ementas, os fenômenos sociais que chegam ao judiciário ganham abstração e perdem suas características peculiares e humanas, como que a problemática social não entrasse nos fóruns, coisificando e unificando, portanto, as relações jurídicas (STRECK, 2004, p. 75 – 88).

seria autossuficiente, completo, coerente, lógico e expresso por meio de proposições hipotéticas de dever-ser cuja preocupação central é a subsunção dos fatos à prescrição legal, valorizando apenas os aspetos lógico-formais do direito positivo e enfatizando somente as questões da validade da norma (FARIA, 1989, p. 96-98)<sup>57</sup>.

Esta concepção de direito enfatiza e reforça o caráter abstrato e impessoal de suas elaborações, na expectativa de depurar as determinações subjetivas e objetivas das normas, limitando-se a atribuir sentidos jurídicos arbitrários aos fatos sociais. Tal compreensão do fenômeno jurídico deixa de lado os aspetos políticos e históricos, por considerá-los como simples contingências<sup>58</sup>. O que importa é a determinação de um conjunto articulado de conceitos relacionados num discurso único e sem contradições, em que a cientificidade é alcançada pela racionalidade formal do sistema, que se expressa em normas gerais e impessoais, uniformizando os comportamentos sociais possíveis.

Para a consecução do processo de intermediação formalizadora e atomizadora das relações sociais, sempre na perspectiva de forçar a dispersão e banalização dos conflitos de interesses, são utilizadas categorias abstratas capazes de permitir à dogmática situar-se de maneira descontextualizada, distanciada e despolitizada dos antagonismos reais. Graças ao engenhoso processo de abstração generalizante, reduz-se à unidade a multiplicidade e heterogeneidade de experiências, objetos e sujeitos mediante a seleção de suas qualidades e traços tidos por comuns (FARIA, 1989, p. 99-100)<sup>59</sup>.

Maurício Ramires (2010, p. 30-45) aponta que a atual praticidade tecnológica em se alcançar respostas, aparentemente, fáceis aos complexos problemas jurídicos enseja a produção de decisões de mera e simples repetição dos julgados superiores,

---

57. A crítica feita por Faria nesse momento possui destinatário certo: Hans Kelsen. O ideal de pureza teórica reduziu a epistemologia da ciência do direito a especulações sobre a validade das normas jurídicas e não sobre sua legitimidade, na medida em que, para Kelsen (2006), as discussões sobre legitimidade envolvem, necessariamente, considerações morais ideológicas estranhas ao jurista.

58. O voto do Ministro Cezar Peluso na ADI 3.239/DF exemplifica os problemas do ensino e da prática do direito em nosso país, que permitiram que a ementa ganhasse contornos de precedente. Na referida decisão, o Min. Cezar Peluso utilizou categorias jurídicas formuladas séculos atrás, em outras circunstâncias sociais e econômicas para tratar do problema dos quilombos, quais sejam: as da desapropriação e da usucapião. Tais institutos jurídicos não foram pensados para tratar de problemas étnico-sociais e nem são capazes de captar, eficazmente, todas as questões constitucionais, sociais, culturais e antropológicas que circundam o tema, especialmente considerando seus atuais regramentos infraconstitucionais. Os problemas não terminam por aqui. Para interpretar a expressão “remanescentes das comunidades dos quilombos” presente no art. 68 da ADCT, o Ministro rotulou as interpretações feitas por juristas que estudam o tema como “metajurídicas” e utilizou como “fonte” interpretativa do mencionado artigo os dicionários Aurélio e Houaiss para assentar a natureza histórica e descartar o critério da auto identificação do quilombola. Teses e dissertações elaboradas por juristas e antropólogos são metajurídicas, mas definições semânticas de dicionários elaboradas por lexicógrafos e filólogos são suficientes e consideradas como “jurídicas” para interpretar a Constituição? A abstração da expressão blindou o ministro da problemática antropológica e social, bastando para a resolução do caso uma simples análise semântica do termo. Devemos, portanto, nos questionar por que passamos 05 anos nos bancos da faculdade se podemos interpretar problemas constitucionais com o auxílio do dicionário. O quadro é sintomático: as palavras da lei e da ementa são interpretadas de forma a-histórica e distante dos problemas sociais.

59. As operações de depuração de conceitos, em verdade, não são lógicas e naturais, mas ideológicas, uma vez que as generalizações são vistas, pela dogmática como simples descrições, não como escolhas e seleções sobre características de uma determinada realidade (FARIA, 1989, p.109).

como discursos prévios de fundamentação que são utilizados por acoplamento de sentido nos casos a serem julgados futuramente. Nesse contexto, ementas são tidas como universais, autônomas, abstratas, bastando, para aplicar o precedente e resolver o problema, amarrá-las a uma determinada característica arbitrariamente selecionada do caso concreto.

Não é difícil de observar que, no Brasil, a aplicação de um precedente acontece, primeiramente, com a escolha arbitrária de uma das interpretações trazidas pelas partes e, posteriormente, a escolha se confirma com uma rápida e simples busca em algum repositório de jurisprudência por julgados (escolhidos seletivamente pelo intérprete) que convêm à tese, ignorando-se os que lhe são contrários. Nesse sentido, a ementa desempenha papel importante na seleção arbitrária do precedente, na medida em que os conceitos presentes são depurados para extrair as particularidades do caso concreto<sup>60</sup>. Por essas razões, a prática e o ensino jurídicos, calcados em pressupostos ideológicos de abstrações uniformizadoras, caem com uma luva para corroborar essa interpretação da ementa.

Estas formas de interpretação/aplicação das ementas no Brasil tendem: 1) a demonstrar a confusão que fazem destas com os precedentes e 2) a considerá-las com *status* de textos legislativos.

No entanto, da mesma forma que o texto de um preceito normativo não se esgota com o sentido que lhe deu o legislador, um precedente não se esgota com o sentido que lhe imprimiu quem o formulou. Portanto, ainda que o texto do precedente seja preexistente, podemos afirmar que seu sentido será determinado pelo intérprete quando lhe atribuir outra carga normativa em um caso posterior, buscando o sentido desenvolvido no resultado do caso, não a semântica das palavras utilizadas na ementa.

Como exemplo, pode-se citar o caso da ADI 939/DF<sup>61</sup>, que versava sobre a questão de saber se o constituinte derivado poderia estabelecer limitações ao princípio da anterioridade tributária fora dos casos excepcionados pela Constituição. Em seu voto, o ministro Sydney Sanches afirmou que as limitações ao poder de tributar deveriam ser interpretadas de acordo com o disposto no § 2º, do art. 5º, da CF/88, tornando incidentes as limitações materiais à reforma constitucional, no sentido de vedar a abolição de direitos fundamentais. Portanto, o ministro reconheceu a anterioridade tributária como direito fundamental do cidadão contribuinte.

Anos mais tarde, o precedente foi citado em decisão que declarou inconstitucional a utilização imediata de nova regra às eleições gerais que se realizariam a menos de sete meses, contados da publicação da EC nº 52/06, colidindo, portanto, com o disposto no art. 16 da CRFB/88. A ministra Ellen Gracie, citando o precedente acima, assentou que o fundamento da existência da anterioridade eleitoral era a mesma da tributária:

---

60. A esse tipo de seleção arbitrária Michele Taruffo (2007) denomina *Confirmation Bias*. No mesmo sentido, Maurício Ramires (2010).

61. DJ 17/12/93, Sydney Sanches.

manutenção das regras do jogo em andamento, evitando-se sobressaltos e garantindo a segurança<sup>62</sup>.

No caso descrito, a mera utilização da ementa do primeiro julgado não seria suficiente para justificar a expansão dos fundamentos utilizados no acórdão paradigma. Ademais, a carga de sentido atribuída ao precedente no julgamento da questão eleitoral não poderia ter sido prevista no momento do julgamento da questão na seara tributária.

*Para compreender o precedente é necessário ir além da ementa.*

Em estudo comparativo realizado sobre a interpretação dos precedentes nos países que adotaram, historicamente, os modelos da *civil* e do *common law*, Neil MacCormick e Robert Summers<sup>63</sup> apresentaram importantes reflexões e conclusões acerca das convergências e diferenças existentes no tratamento dos precedentes em ambos. De início, duas grandes similaridades foram ressaltadas no estudo: 1) os precedentes desempenham importantíssimo papel nas decisões judiciais e no desenvolvimento do direito, mesmo quando não lhes é reconhecida força vinculante ou outra força normativa diferenciada e 2) os dois sistemas acomodam significativas mudanças e evoluções nos precedentes por meio da atuação judicial (MACCORMICK; SUMMERS, 1997, p. 531).

Todavia, sem embargo de outras elencadas pelos autores, importantes diferenças no trato dos precedentes permanecem nos sistemas: 1) os países civilistas não apresentam, na aplicação dos precedentes, uma discussão detalhada dos fatos, ainda que os mesmos possam ser encontrados por meio de outras fontes; 2) não é comum a análise detida das regras que se extraem do caso antecedente e 3) a metodologia civilista não desenvolveu a prática de diferenciar, sistematicamente, o que é *ratio decidendi* e o que é *obiter dicta* (MACCORMICK; SUMMERS, 1997, p. 536-538).

Tendo em vista as conclusões dos autores, não é difícil reenquadrá-las na realidade brasileira, especialmente, no que tange à interpretação que a prática forense realiza da ementa: 1) o precedente judicial se confunde com o resumo formulado para classificar o acórdão; 2) a ementa é interpretada como uma regra<sup>64</sup>; 3) a análise das particulari-

62. ADI 3.685/ DF, Rel. Ellen Gracie, Pleno, DJ 10/08/2006.

63. O estudo, realizado por um grupo de juristas, foi um empreendimento analítico que envolveu a discussão de diferentes países de tradições jurídicas sobre a prática do precedente, dentre eles: Alemanha, Finlândia, França, Itália, Noruega, Polônia, Espanha, Suécia, Reino Unido, EUA (Nova York) e União Europeia. Todos os juristas responsáveis por analisar o precedente em seu país confeccionaram relatórios nos quais respondiam a questões comuns elencadas em categorias, tais como: A vinculação formal do precedente; o que significam e como se aplicam; as justificativas para sua aplicação etc.

64. No presente estudo, regras são conceituadas de acordo com a construção teórica de Frederick Schauer (2009), para quem as regras jurídicas buscam resolver os casos concretos por meio de generalizações, que compreendem a validade conceitual e a fidelidade descritiva. O referido autor não nega, entretanto, que toda regra possua uma justificação, uma razão, que é o objetivo que visa cumprir. Todavia, tais razões são, geralmente, vagas demais para auxiliar a tomada de decisões jurídicas e estão sempre sujeitas a incertezas e variações para que possam, efetivamente, limitar as ações dos juízes. Ainda que as justificações sejam importantes, são as regras em si mesmas que carregam a força do direito e que ditam o resultado jurídico, ou seja, não são as justificativas das regras o que o direito requer. Ademais, as regras estão prejudicialmente interligadas na linguagem em que foram escritas, tornando central para a regra o que ela afirma, ainda que seja contraditório às suas razões justificadoras ou que produza um resultado subótimo em determinado caso (SCHAUER, 2009, p. 15-19).

dades dos casos é preterida em detrimento de uma uniformização arbitrária realizada por meio da subsunção do alcance semântico das palavras contidas na ementa ao que o intérprete julga ser a resposta para a questão posta em análise e 4) a preocupação não recai sobre que foi decidido no precedente, na medida em que não são analisados os fundamentos e as justificativas jurídicas desenvolvidas no acórdão, mas sim sobre o resultado obtido em um caso particular considerado como resposta universal para casos futuros – supostamente – semelhantes.

Com base nas assertivas acima, duas considerações normativas merecem reflexão: 1) conforme o salientado anteriormente, a ementa não pode desempenhar nenhum papel jurídico relevante na compreensão do precedente, a não ser o de mera catalogação e de facilitar o acesso a ele, portanto, é impossível julgar casos com base, simplesmente, na citação da ementa de um acórdão e 2) mesmo que a prática e a dogmática nacional tendam a considerar o precedente como uma regra, é necessário discutir sobre outras formulações que podem ser atribuídas ao precedente, algo que, por certo, vai muito mais além do que a simples leitura da ementa de um julgado e interpretá-la como uma regra.

A nosso sentir, essa tentativa pátria de caracterizar as ementas como substitutas dos precedentes provém, ainda que sob a regência do positivismo exegético, da dificuldade de identificar e formular a(s) norma(s) inserida(s) na decisão paradigmática, em, pelo menos dois sentidos.

Em um primeiro sentido, nos precedentes não há a formulação de prescrições normativas da regra pelo tribunal que formou o precedente ou fez o primeiro julgamento (generalização canônica); o segundo tribunal, segundo juiz ou segundo aplicador da jurisprudência paradigma que interpretar o precedente posteriormente pode generalizá-lo de forma a vincular-se pela descrição dos fatos, pelos fundamentos ou por categorias (servidor público, regime estatutário etc.) que julgar coerente com o caso a ser julgado. Por outras palavras, as regras generalizadas por meio dos precedentes não são canonicamente formuladas, como ocorre com as normas legisladas pelo parlamento, mas interpretadas por profissionais e construídas a partir de decisões prévias (SCHAUER, 2004, p. 248-250) <sup>65</sup>. Daí porque é muito mais simples identificar a ementa com o precedente, do que analisar os fundamentos dos votos para extrair uma regra a ser generalizada posteriormente, visto que, se a regra foi “encontrada” pelo relator, para que ter mais trabalho?

---

65. Entende-se por primeiro tribunal, juiz ou intérprete aquele que pela primeira vez aprecia um caso inédito e para resolver a questão posta em juízo desenvolve vários argumentos e observa várias circunstâncias principais (*ratio decidendi*) e acessórias (*obiter dicta*) para o deslinde da questão. Entende-se por segundo tribunal, intérprete ou juiz aquele que generaliza o precedente do primeiro tribunal para julgar um caso posterior. No primeiro tribunal ainda não se sabe qual regra ou *standard* de relevância será generalizado na aplicação do precedente ao caso em julgamento perante o segundo intérprete, pois o segundo caso ainda não ocorreu. O segundo tribunal, intérprete ou juiz tem os elementos necessários para analisar o precedente julgado pelo primeiro tribunal e o caso posterior, visto que pode analisar todas as circunstâncias do precedente e cotejar com o caso em julgamento para fins de aplicação ou não de suas razões.

Em outro sentido, extrair a *ratio decidendi* de uma decisão do STF não é tarefa simples. Como Roger Stiefmann (2006, p. 170-171) apontou, é muito comum que os ministros concordem com o resultado da demanda (procedência ou improcedência, por exemplo), mas discordem, severamente, acerca dos motivos que ensejaram suas compreensões acerca do tema<sup>66</sup>. Mais recentemente, Sundfeld e Pinto (2012, p. 24-25) observaram, com base em estudos empíricos, que os ministros, ao apresentar seus votos individuais, geralmente apresentam argumentos diversos daqueles aventados pelo ministro relator, mas acabam por concordar com o resultado do julgado, dificultando a compreensão acerca do que, efetivamente, a corte decidiu sobre a questão<sup>67</sup>. A construção argumentativa dos votos dos ministros se baseia em premissas diferentes e independentes com trajetórias apartadas e com baixo grau de interação entre as diversas linhas argumentativas.

A construção de uma argumentação imputada ao ministro relator, e não à corte, dificulta a compreensão e a formação de precedentes<sup>68</sup>. Dessa forma, como o relator redige a ementa do acórdão seguindo a linha do próprio voto apresentado em plenário, a ementa, quando muito, apenas resume seu voto e não a deliberação das fundamentações discutidas em plenário. No entanto, como a extração de tais fundamentos enseja um dificultoso trabalho de cotejo dos argumentos desenvolvidos em cada voto vencedor (e não apenas do resumo do voto do relator), a ementa seria um “atalho” para a suposta compreensão do entendimento da corte.

Ressalva-se que essas críticas à prática do *ementismo* brasileiro, no sentido de aproveitar o resumo do voto do relator como se fosse prescrição normativa canônica, não tem qualquer correlação com a preocupação com o futuro advindo do duplo efeito dos precedentes analisada por Taruffo (1997). Para o autor, são dois os efeitos temporais do precedente: o de resolver o mérito da questão do caso concreto singular protegido pela garantia fundamental da coisa julgada (orientação retrospectiva) e o de vincular ou influenciar decisões futuras em casos semelhantes (orientação prospectiva)<sup>69</sup>.

---

66. Apesar da tentativa de conceituar os fundamentos determinantes (razões adotadas e referendadas pela maioria do tribunal como imprescindíveis para o dispositivo do acórdão) para a interpretação dos precedentes, uma limitação legislativa não é capaz de solucionar, *per se*, o problema da delimitação dos fundamentos determinantes de um acórdão, uma vez que sua disposição é circular e truista. Ou poderíamos supor que fundamentos determinantes são os adotados pela minoria? Ou que fundamentos determinantes são os prescindíveis para o dispositivo da decisão? O desenvolvimento teórico se faz necessário para a compreensão dos precedentes.

67. Os autores analisaram todas as ações do controle concentrado de constitucionalidade julgadas pelo plenário do STF entre junho de 2006 e agosto de 2010. A análise compreendeu 267 acórdãos e o estudo de 2.510 votos individuais (SUNDFELD; PINTO, 2012, p. 24-25).

68. O Ministro Cezar Peluso, no julgamento da Rcl. 9.428/DF, considerou que os fundamentos determinantes da ADPF 130/DF não estariam contidos, tão somente, no voto do ministro relator, mas na interpretação sistemática dos votos de todos os ministros.

69. Deve-se observar que mesmo numa teoria minimalista, que defende pouca abrangência dos efeitos de um provimento jurisdicional sobre casos subsequentes, o julgado tem, ainda que sem intenção, reflexo natural nas decisões futuras, pois como adverte Sunstein (2001, p. 16), numa decisão estreita (*narrow*) o juiz busca decidir somente o caso e minimizar os reflexos sobre outros casos, mas há de se observar que uma decisão racional sempre transcende o caso concreto por mais estreita que seja, representando um contínuo, que tem como variações os extremos, desde a decisão bruta sem pronúncia de razões até o preenchimento de todo o espaço de

A importância das orientações prospectivas das decisões, em alguns países como Noruega, Suécia e Finlândia, traz para a técnica de julgamento a preocupação com o futuro, de maneira a determinar a escolha dos casos a serem decididos, bem como a forma e o estilo de julgamento para a percepção mais abstrata e geral, com a intenção de o julgado se tornar precedente com a declaração de regras para decisões subsequentes (TARUFFO, 1997, p. 442-444)<sup>70</sup>. De forma simplista, a abordagem conceitualista do *ementismo*, apesar de partir de certa preocupação com o futuro, desenvolve o pressuposto da orientação prospectiva dos julgados por meio do resumo dos fundamentos do voto do relator em forma de ementa como prescrição canônica a reger os casos subsequentes, porém sua prática forense mais se assemelha a uma regra legislativa, do que a um precedente baseado em razões.

Nesse sentido, parece indubitável a conclusão de que ambas as orientações (retrospectiva e prospectiva) devem estar presentes nos precedentes, mas a prevalência ou não dessas orientações depende do contexto e do estilo de julgamento e do papel institucional que as cortes querem desempenhar, conforme assevera Taruffo (1997, p. 445), porém em qualquer hipótese não se deve prescindir da busca das razões do precedente pelo intérprete, quando da aplicação nos casos subsequentes, não servindo a ementa a essa finalidade.

Segundo MacCormick e Summers (1997, p. 543) a prática dos precedentes impõe um grande desafio às teorias do direito tal como o positivismo, seja em sua faceta exegética ou normativista. Isto porque os precedentes não operam na lógica do tudo-ou-nada, característica dos atos editados sob requerimentos procedimentais formais como as regras, por exemplo<sup>71</sup>. No caso dos precedentes, o que importa é o que foi

---

teorização sobre o assunto. Entretanto, ressalta-se que a menção ao autor nesse contexto só tem importância para evidenciar a correlação existente entre um julgado e os reflexos naturais sobre casos futuros, sem qualquer referência ao *ementismo*, visto que Sunstein desenvolve a teoria num contexto estadunidense, onde inexistem qualquer preocupação de ementar os julgados e onde são desenvolvidos precedentes por meio de justificativas presentes na opinião da corte. Dessa feita, as teses de Sunstein se apresentam como uma possível compreensão dos efeitos prospectivos dos precedentes, na forma da utilização o mínimo possível de razões no precedente, como forma de mitigar os reflexos sobre casos subsequentes.

70. Na Polônia, por exemplo, essa preocupação se revela como um princípio jurídico adotado pela Suprema Corte para resolver dúvidas e esclarecer regras jurídicas, com o objetivo de determinar a aplicação de casos futuros (Taruffo, 1997, p. 444-445).

71. A compreensão de que as regras funcionam na lógica do tudo-ou-nada foi, modernamente, difundida por Ronald Dworkin (2002). De acordo com tal compreensão, as regras apontam para decisões particulares acerca das obrigações jurídicas em circunstâncias específicas e operam no campo da validade (DWORKIN, 2002, p. 39). É importante ressaltar, até para diferenciá-las com a enunciação teórica seguinte, que, quando Dworkin tratou da distinção lógica entre princípios e regras, não aceitou o argumento de que existe um critério forte apto a distingui-las, como se fossem padrões jurídicos fixos. A ideia da diferença estrutural entre ambos serviu, tanto para demonstrar como seria impossível manter a noção de uma regra de reconhecimento para parâmetros normativos cuja existência e conteúdo os juristas discordam, que seriam, justamente, os princípios; e para, também, ressaltar a forma com que determinados padrões (os princípios) são utilizados de forma distinta de outros (regras) pelos juristas (DWORKIN, 2002, p. 119-120). Robert Alexy (2008), ao seu turno, defende um conceito semântico de norma jurídica, em que separa a norma de seu enunciado normativo, no intuito de estruturar a diferenciação entre princípios e regra no nível qualitativo da norma, uma vez que os princípios, de acordo com seu postulado deontológico específico, estabelecem mandamentos de otimização e as regras, por sua vez, são sempre satisfeitas ou não: se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige,

decidido e não o procedimento ou mesmo o resultado da decisão judicial em si<sup>72</sup>. A interpretação/aplicação do precedente, por conseguinte, pode ocorrer de várias formas, mas sempre por conta da sua justificação (seja de forma principiológica ou analógica) que expande os fundamentos justificadores e os aplica em outras situações jurídicas posteriores. Portanto, determinar o que um precedente significa para um caso novo exige o desenvolvimento de uma forma de análise racional diferente do ato de uma escolha<sup>73</sup>, mas não se trata, igualmente, de um processo arbitrário de decisão: trata-se de uma reinterpretação constante das fundamentações e justificativas das decisões.

No julgamento da ADI nº 3.460/DF, DJ 15/06/2007, Rel. Ayres Britto, ficou assentada a constitucionalidade de ato administrativo que regulamentava a exigência dos 3 (três) anos de atividade jurídica prevista na EC nº 45/04. Desta forma, pode-se extrair dos fundamentos do voto do relator, que os três anos de atividade jurídica contam-se da data da conclusão do curso de Direito e o fraseado "atividade jurídica" é significante de atividade para cujo desempenho se faz imprescindível à conclusão de curso de bacharelado em Direito.

Caso a interpretação dos precedentes fosse, simplesmente, resolvida por meio de regras, sem a preocupação de uma constante e incessante tarefa interpretativa para perquirir o que foi decidido no caso, quem não cumprisse o requisito constitucional dos 3 anos de atividade jurídica não poderia ser, sob nenhuma circunstância, aprovado em concurso público para carreiras da magistratura e do Ministério Público.

Contudo, este entendimento, mesmo sendo abstrato, de feições universalizantes e presente na ementa<sup>74</sup>, para ser interpretado, deverá levar em consideração as particularidades do caso concreto trazido perante o juiz, intencionando desenvolver o que foi decidido no caso.

Com efeito, no julgamento do MS nº 26.690/DF, que excepcionou o entendimento dotado de efeito vinculante acima descrito, o Tribunal concedeu segurança à Promotora de Justiça do Estado do Paraná, para que a exigência dos 3 (três) anos de atividade jurídica não consubstanciasse óbice à habilitação da impetrante ao exercício

---

nem mais nem menos (ALEXY, 2008, p. 89-90). No presente trabalho a escolha entre as duas compreensões não se faz necessária, pois ambas satisfazem o argumento da aplicação do "tudo-ou-nada".

72. Como hipótese do afirmado, pode-se lembrar do exemplo descrito anteriormente, no qual a Min. Ellen Gracie precisou interpretar o precedente da ADI 939/DF, julgado em um caso de direito tributário, para perquirir o que fora decidido, a fim de extrair suas fundamentações para aplicá-las em uma questão eleitoral. As fundamentações extraídas da ADI paradigma, por sua vez, não puderam ter sua força mensurada ou limitada pela simplicidade ou precisão das palavras que foram empregadas na ementa e não foi importante para Ministra a condição da procedência ou não da ADI 939/DF.

73. Típico de interpretações voluntaristas da prática interpretativa, que se fincam na vontade do intérprete ou, mais especificamente, no caso do exegetismo, de acordo com a vontade de um legislador.

74. "A norma impugnada veio atender ao objetivo da Emenda Constitucional 45/2004 de recrutar, com mais rígidos critérios de seletividade técnico-profissional, os pretendentes às carreiras ministeriais públicas. Os três anos de atividade jurídica contam-se da data da conclusão do curso de Direito e o fraseado "atividade jurídica" é significante de atividade para cujo desempenho se faz imprescindível à conclusão de curso de bacharelado em Direito. O momento da comprovação desses requisitos deve ocorrer na data da inscrição no concurso, de molde a promover maior segurança jurídica tanto da sociedade quanto dos candidatos. Ação improcedente."

do cargo de Procurador da República, para que, assim, tomasse posse no citado cargo. No caso, o pedido de inscrição definitiva da impetrante fora indeferido por não ter sido comprovado o período de atividade jurídica exigido pela Constituição no momento da inscrição, conforme o assentado no julgamento da ADI paradigma. O Min. Eros Grau, relator, em face do fato da impetrante ser Promotora de Justiça do Estado do Paraná, empossada desde abril de 2005, exercendo atribuições inerentes a esse cargo, inclusive algumas que também são exercidas pelo Ministério Público Federal (conforme a LC 75/93, artigos 78 e 79), concluiu caracterizar-se uma contradição injustificável a circunstância de a impetrante exercer funções delegadas do Ministério Público Federal e, concomitantemente, ser julgada inapta para habilitar-se em concurso público para o provimento de cargos de Procurador da República.

Ora, no julgamento da ADI paradigma, dificilmente, os ministros poderiam conjecturar o acontecimento de situações tais como a do *writ* citado. Portanto, é um erro crer que o precedente possa resolver todas as questões futuras antecipadamente. Ele constituiu, sim, uma razão e uma justificativa importante para a interpretação de um direito em uma determinada direção, mas apenas por meio da atribuição de um sentido que somente as particularidades do caso futuro poderão atrair<sup>75</sup>. Ou será que é possível sustentar que a expressão "atividade jurídica" contida na ementa carregava consigo o caso da promotora de justiça?

Consoante o exposto, é possível concluir que as ementas pouco auxiliam (quando não, atrapalham) a interpretação de um precedente. Seja porque não se identificam com as justificativas e fundamentações do acórdão (somente apontam o resultado de um caso específico)<sup>76</sup>, seja porque sua redação com pretensões prospectivas falha por não prever todas as situações que podem ocorrer na diversidade da vida.

Dessa forma, é importante trabalhar com teorias do direito que se afastam da interpretação dos precedentes como se fossem regras<sup>77</sup>.

75. Nesse mesmo sentido, Cf. Ollero (2005, p. 43-44)

76. Ademais, a análise das razões dos precedentes se revela importante, pois pode enfatizar inconsistências, omissões e erros nas decisões, além de revelar se sua aplicação é forte, obsoleta ou coerente, permitindo que se faça correlação, reconstituição, racionalização e comparação dos julgados, levando em consideração a ratio decidendi (TARUFFO, 1997, p. 457), além de possibilitar a utilização das técnicas e as razões de afastamento dos precedentes, como: distinção (*distinbishing*), explicação (*explaining*), modificação (*modifying*) e revogação (*overruling*), que tem como fatores de avaliação para aplicá-los ou afastá-los: i) a coerência dos precedentes, ii) a quantidade de precedentes existentes, iii) a quantidade de recursos vinculados ao precedente, iv) a composição do tribunal, v) a atitude do Poder Legislativo em relação aos precedentes, se ativa ou passiva, vi) a sensibilidade da Suprema Corte para revogar o precedente, vii) a prática de gravação ou registro e publicação dos dissensos, viii) nível crítico da academia aos maus precedentes e ix) a forma de recrutamento mais suscetível à renovação (SUMMERS, 1997, p. 519-530). Algo impossível de se analisar com a simples leitura da ementa.

77. Dworkin (2002) propõe uma teoria dos precedentes baseada em sua feição principiológica e Cass Sunstein (1996) defende que os precedentes devem ser interpretados como padrões analógicos. Em nosso país, Maurício Ramires (2010) adere às considerações do primeiro autor para lidar com os problemas do precedente brasileiro.

## 5. CONCLUSÃO

Certo dia, um médico, ao se aproximar de um paciente de longa data bastante enfermo, resolveu mudar de tática para tentar curá-lo: a partir daquele momento, não realizaria nenhum contato físico, nem auscultaria o coração, pulso e pulmões do paciente, mas, simplesmente, discorreria sobre as importantes teses que havia pensado sobre seu caso na noite anterior. O médico sentou próximo ao leito do paciente e passou a discorrer sobre suas doudas teses. A família ficou impressionada com tamanho conhecimento sobre todas as teses correntes sobre o possível problema do paciente, mas este, infelizmente, morreu pouco tempo depois da mudança de tática do médico<sup>78</sup>.

A mera ideia de um médico que se escusa de observar as particularidades do paciente parece temerária. No direito, porém, a tática não parece suscitar maiores problemas. A prática jurídica brasileira, ao priorizar textos abstratos e ementas, exclui a realidade, os problemas sociais, políticos e econômicos do direito.

Os legisladores e, principalmente, os juristas brasileiros, parecem crer que o estabelecimento prévio de textos desvinculados de sua contextualização é a chave para a aplicação dos precedentes em nosso país. Nesse sentido, e considerando a torrente de processos repetitivos que inundam o Poder Judiciário, os autores positivistas saúdam inovações que criam mecanismos<sup>79</sup> de desafogamento da justiça, sustentando que tais mudanças reduziriam o volume dos processos considerados repetitivos<sup>80</sup>, ainda que, reflexivamente, incentivem a produção de sentenças e pareceres previamente formulados<sup>81</sup>, que são denominados de matérias conhecidas, aplicáveis a milhares de casos, aparentemente, idênticos. Portanto, compreendem a interpretação do direito como um instrumento, uma vez que supõem que o mesmo texto (a ementa), pode ser aplicado de forma silogística e mecânica ao caso concreto<sup>82</sup>.

Em tempo, não estamos a defender que a redação de uma ementa judicial não siga parâmetros mínimos de uniformidade ou de normatização técnica, e que o relator possa nela incluir o que bem entender, pela razão de que a ementa não possuiria valor jurídico. Pelo contrário, a ementa é uma ferramenta importante para a difusão, conhecimento e catalogação do precedente, o que exige que sua redação facilite a localização do julgado. O que não concordamos é que a ementa possa ser identificada e utilizada como um precedente e, além do mais, ser redigida com tais pretensões, sem

---

78. A metáfora é de Calamandrei (1977, p. 134), que, no original, intencionava demonstrar a impropriedade de se priorizar o direito em detrimento do fato, como se ambas as instâncias fossem cindíveis. Em tempo, fato e direito não podem ser cindidos, sob pena de sustentarmos que as leis carregam em si todos os casos que servem de regulamentação, repristinando, portanto, a ideia da jurisprudência dos conceitos. O exemplo, portanto, foi adaptado.

79. A expressão “mecanismo” é proposital, uma vez que as recentes alterações legislativas apenas reforçam a noção de que a aplicação dos precedentes se realiza de maneira automática.

80. Expressão, inclusive, que agora adjetiva alteração no CPC e estará presente no novo CPC.

81. O vulgo “modelão”.

82. Cf. SOUZA CRUZ, 2004, p. 12-13.

qualquer preocupação com as particularidades do caso paradigma ou com as normas que regeram a resolução do caso concreto julgado.

Por essas razões, a ementa deve ser vista, e não mais que isso, como um instrumento que proporciona a catalogação da decisão nos repertórios, facilitando o acesso à informação nela contida, não como método de aplicação automática de precedentes<sup>83</sup>.

## 6. BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Ementas e sua técnica. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, nº 27, dez. 2008. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao027/ruy\\_rosado.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao027/ruy_rosado.html)> Acesso em: 09 maio 2012.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *O Efeito Vinculante e os Poderes do Juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. 6ª ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1977.
- CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
- CAMPESTRINI, H. *Como redigir ementas*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- DIDIER JR, Fredie.; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil: Vol.3.*, 4ª ed. Bahia: Jus Podium, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. London: Fontana Press, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. (Trad.) Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FARIA, José Eduardo. Ordem Legal x Mudança Social: a crise do judiciário e a formação do magistrado. In.: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e Justiça*. São Paulo: Ática, 1989, p. 95-107.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? *Isegoría*, Madrid, nº 35, 2006, p. 151-172.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GUIMARÃES, José Augusto Chaves. *Elaboração de ementas jurisprudenciais: elementos teórico-metodológicos*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2004.
- HART, Herbert. Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence. In. HART, Herbert. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes: 2006.

---

83. O máximo que se poderia admitir seria o reconhecimento público e notório dentre os juristas de todas as particularidades do caso. Entretanto, isso não seria mérito da ementa, mas da circulação e compartilhamento das circunstâncias dos precedentes, que, eventualmente, podem ter sido minimamente retratados nas ementas. Isso explica a razão de alguns precedentes serem demonstradas por sua simples representação ementária ou numérica. Porém, não evidencia a prescindibilidade de se recorrer às razões do precedente paradigma para qualquer fim de demonstrar a adequação ou não entre os casos confrontados.

- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEAL, Roger Stiefelman. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Further General Reflections and Conclusions. MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S (org.) *Interpreting Precedents: a comparative Study*. England: Dartmouth Publishing, 1997.
- MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves da. O grau de vinculação dos precedentes à luz do STF: o efeito vinculante é absoluto? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Jul./Set., Ano 49, nº 195, p. 77-95, 2012.
- NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. *Súmula vinculante: o desafio de sua implementação*. São Paulo: MP, 2008.
- OLLERO, Andrés. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Las Reglas en Juego: Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SICHES, Luis Recasens. *Tratado general de Filosofía del derecho*. Mexico: Editorial Porrúa, 1965.
- SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 33-35.
- \_\_\_\_\_. Aplicar a "Letra da Lei" é uma atitude positivista? *Novos Estudos Jurídicos* (UNIVALI), v. 15, p. 158-173, 2010.
- STRECK, Lenio. O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos. *Hendu – Revista Latinoamericana de Derechos humanos*. Vol. 1, n.º 1, p. 93-105, jul. 2010.
- SANTIAGO NINO, Carlos. *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Ariel, 1996.
- SUMMERS, Robert S.; OSLO, Svein Eng. Departures from precedent. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S (org.) *Interpreting Precedents: a comparative Study*. England: Dartmouth Publishing, 1997.
- SUNDFELD, Carlos Ari; PINTO, Henrique Motta. Três Desafios para Melhorar a Jurisdição Constitucional Brasileira. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de. (Org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 19-52.
- SUNSTEIN, Cass. *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York: Oxford University Press, 1996.
- \_\_\_\_\_. *One case at a time: Judicial minimalismo n the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.
- TARUFFO, Michelle. Institutional factors Influencing precedents. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S (org.) *Interpreting Precedents: a comparative Study*. England: Dartmouth Publishing, 1997.
- \_\_\_\_\_. Poderes Probatorios de las partes Y Del Juez en Europa. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Santa Fe, nº 10, 2007.
- WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2. ed., trad. portuguesa de A. M. Botelho Hespana, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.



# IMPENHORABILIDADES NO PROJETO DE NOVO CPC: SUGESTÃO PARA A RELATIVIZAÇÃO DAS IMPENHORABILIDADES DA REMUNERAÇÃO E DO IMÓVEL RESIDENCIAL

BRUNO GARCIA REDONDO<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Este ensaio tem como objetivo desenvolver o estudo das regras de impenhorabilidade de bens constantes do *Substitutivo* ao Projeto de Novo Código de Processo Civil, em trâmite na Câmara dos Deputados como o PL 8.046/2010 (decorrente da aprovação, em 15.12.2010 pelo Senado Federal, do Substitutivo ao PLS 166/2010), consolidado pelo Dep. Paulo Teixeira e aprovado pela Comissão Especial de Deputados em julho de 2013.

As regras de impenhorabilidade originalmente propostas no Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, elaborado pela Comissão de Juristas<sup>2</sup> (versão original do PLS 166/2010, protocolada no Senado em 08.06.2010) eram praticamente idênticas às aquelas constantes do Código de Processo Civil de 1973 (arts. 649 e 650, na redação das Leis 11.383/2006 e 11.694/2008).

- 
1. Mestrando em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-Rio. Pós-Graduado em Advocacia Pública pela UERJ (ESAP/PGERJ). Pós-Graduado em Direito Público e Direito Privado pela EMERJ (TJRJ/UNESA). Professor de Direito Processual Civil e Direito Processual Tributário na Graduação da PUC-Rio e nos Cursos de Pós-Graduações da PUC-Rio, da UERJ, da UFF, das Escolas da Magistratura (EMERJ), do Ministério Público (AMPERJ), da Defensoria Pública (FESUDEPERJ) e da Advocacia (ESA OAB-RJ), da ABADI, do IMP/MT e dos Cursos FORUM, CERS e Damásio (CEDJ-CEPAD). Professor convidado da Escola Paulista de Direito (EPD). Membro efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC) e do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP). Conselheiro da OAB-RJ. Presidente da Comissão de Estudos em Processo Civil da OAB-RJ. Procurador da OAB-RJ. Procurador da UERJ. Advogado. bruno@garcia-redondo.com.
  2. A *Comissão de Juristas* encarregada de elaborar o Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil foi instituída em 30.09.2009 por meio do Ato 379/2009 do Presidente do Senado, José Sarney, tendo a seguinte composição: Min. Luiz Fux (Presidente), Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora-Geral), Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizetti, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.

No curso da tramitação do PLS166/2010 no Senado Federal, foi empreendida relevante — apesar de ainda tímida — modificação em determinadas regras de impenhorabilidade, que passaram a constar da versão do *Substitutivo*<sup>3</sup> ao PLS 166/2010, que foi aprovado pelo Plenário do Senado em 15.12.2010 e recebido pela Câmara dos Deputados em 22.12.2010 (PL 8.046/2010), onde atualmente tramita<sup>4</sup>.

Passe-se, pois, ao estudo das regras de impenhorabilidade e das mitigações constantes do Substitutivo ao Projeto de Novo Código de Processo Civil, aprovado pela Comissão Especial de Deputados em julho de 2013.

## 2. IMPENHORABILIDADE NO TEXTO ORIGINAL DO CÓDIGO DE 1973 E NA LEI 8.009/1990

Em sua redação originária, o Código de Processo Civil de 1973 consagrava a chamada *impenhorabilidade absoluta* de bens no art. 649, que continha nove incisos.

Consoante o entendimento amplamente majoritário nos planos doutrinário e jurisprudencial, a *impenhorabilidade absoluta* consistiria em vedação insuperável (absoluta) à constrição judicial dos bens ali elencados. Em outras palavras, os bens do executado que se enquadrassem nas hipóteses previstas nos incisos do art. 649 do CPC estariam totalmente excluídos da *responsabilidade patrimonial genérica* (art. 591), sendo insuscetíveis de penhora e, por consequência, de expropriação judicial. Única exceção em que se admitia a penhora de parte daqueles bens seria a constrição de parte da remuneração do executado quando se tratasse de execução de crédito dotado de natureza alimentar.

Já o art. 650 do CPC consagraria, também para o entendimento predominante, a chamada *impenhorabilidade relativa*, que consistiria em vedação preferencial à penhora dos bens ali indicados. Apenas como última opção — isto é, somente se inexistentes outros bens livres sobre os quais pudesse recair a penhora — é que tais bens poderiam sofrer constrição judicial.

---

3. O Substitutivo ao PLS166/2010 resultou dos trabalhos da *Comissão Temporária de Reforma do Código de Processo Civil do Senado* (Requerimento 747/2010, aprovado em 04.08.2010), que teve a seguinte composição: Senadores Demóstenes Torres (Presidente), Antonio Carlos Valadares (Vice-Presidente), Valter Pereira (Relator-Geral), Antonio Carlos Júnior (Relator Parcial para Processo Eletrônico), Romeu Tuma (Relator Parcial para Parte Geral), Marconi Perillo (Relator Parcial para Processo de Conhecimento), Almeida Lima (Relator Parcial para Procedimentos Especiais), Antonio Carlos Valadares (Relator Parcial para Cumprimento das Sentenças e Execução) e Acir Gurgacz (Relator Parcial para Recursos), que contou com a assessoria dos juristas Athos Gusmão Carneiro, Cassio Scarpinella Bueno, Dorival Renato Pavan e Luiz Henrique Volpe Camargo, além dos Consultores Legislativos do Senado.

4. Em 31.08.2011, foram eleitos os dirigentes da *Comissão Especial da Câmara* que analisa o PL 8.046/2010: Deputados Fábio Trad (Presidente), Sérgio Barradas Carneiro (Relator), Miro Teixeira (Vice-Presidente), Vicente Arruda (Vice-Presidente) e Sandra Rosado (Vice-Presidente). Como Sub-Relatores, foram designados os seguintes Deputados: Efraim Filho, Jerônimo Goergen, Arnaldo Faria de Sá, Bonifácio de Andrada e Hugo Leal, cada um responsável por uma parte do Projeto do Novo CPC. Essa Comissão conta com a assessoria dos juristas Alexandre Freitas Câmara, Fredie Didier Júnior, José Manoel de Arruda Alvim Netto, Leonardo Carneiro da Cunha, Luiz Henrique Volpe Camargo, Marcos Destefenni, Paulo Henrique dos Santos Lucon e Sérgio Muritiba. De nossa parte, tivemos a honra de integrar uma das “Comissões de Apoio” a essa Comissão Especial de Juristas, em nosso caso formada por grupo composto por André Luis Monteiro, Bruno Garcia Redondo, Eider Avelino Silva e Welder Queiroz dos Santos.

A Lei 8.009/1990, por seu turno, consagrando hipótese aparente *impenhorabilidade absoluta*, estabelece, ainda, a impenhorabilidade dos *bens de residência*, cuja penhora, conforme o posicionamento predominante, seria vedada, salvo as pontuais exceções expressamente previstas (arts. 3º e 4º daquele diploma).

O rigor do art. 649 do CPC, assim como o da Lei 8.009/1990, foi objeto de crítica por parte de alguns processualistas<sup>5</sup>, que defendiam a possibilidade de mitigação da impenhorabilidade em sede de qualquer execução (não somente de crédito alimentar). Em casos excepcionais, seria possível a penhora dos bens ali descritos, em parcela e proporção que ensejasse, ao mesmo tempo, a satisfação do direito do exequente (art. 612) e a preservação do mínimo essencial à dignidade do executado (art. 620), mediante ponderação de princípios, regras e valores no caso concreto.

### 3. IMPENHORABILIDADE NAS REFORMAS DO CPC DE 1973

Como resultado das *reformas da execução*, foi incluído um décimo inciso no art. 649 do CPC, fruto da Lei 7.513/1986. Anos após, a Lei 11.382/2006 alterou a redação dos arts. 649 e 650, sendo o primeiro desses dispositivos objeto de nova alteração, empreendida pela Lei 11.694/2008, que criou nova hipótese de *impenhorabilidade absoluta*.

Em 2006, foram incluídos, no art. 649 do CPC, os §§ 1º e 2º, que positivaram duas regras expressas de mitigação da impenhorabilidade<sup>6</sup>. Admite-se a penhora quando o crédito exequendo houver sido concedido para a aquisição daquele próprio bem e quando se tratar de execução de crédito dotado de natureza alimentar, caso em que é possível a penhora de parcela da remuneração do executado. Como a lei não traz patamares mínimo e máximo, cabe ao juiz identificar o percentual do “salário” que, no caso concreto, deverá ser objeto de constrição.

O PL 4.497/2004, que veio a ser convertido na Lei 11.382/2006, continha dispositivo que iria mitigar, mais ainda e expressamente, algumas regras de *impenhorabilidade absoluta*, passando a permitir, por exemplo, a penhora de parte da remuneração do executado independentemente da natureza do crédito exequendo, fosse ele alimentar ou não (proposta de § 3º<sup>7</sup> ao art. 649 do CPC), assim como a penhora de imóveis residenciais de elevado valor (proposta de parágrafo único<sup>8</sup> ao art. 650).

---

5. REIS, José Alberto dos. *Processo de execução*. Coimbra: Coimbra, 1985. v. 1, p. 377; GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. 2, p. 19-21; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 298; SILVA, Ênio Moraes da. *Considerações críticas sobre o novo bem de família*. Curitiba: Juruá, 1993, p. 30; ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *O abuso do direito processual e o princípio da proporcionalidade na execução civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 211; e TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. A Penhora de Salários e a Efetividade do Processo de Execução. In: SHIMURA, Sérgio; e NEVES, Daniel A. Assumpção (coord.). *Execução no processo civil: novidades & tendências*. São Paulo: Método, 2005, p. 131-138.

6. O *caput* do art. 649, ao permanecer referindo-se à impenhorabilidade *absoluta*, contrastado com seus §§ 1º e 2º, que permitem a penhora excepcional, revelam a *contraditio in terminis* daquele adjetivo.

7. Proposta de § 3º ao art. 649, objeto de veto presidencial: “§ 3º Na hipótese do inciso IV do *caput* deste artigo, será considerado penhorável até 40% (quarenta por cento) do total recebido mensalmente acima de 20 (vinte) salários mínimos, calculados após efetuados os descontos de imposto de renda retido na fonte, contribuição previdenciária oficial e outros descontos compulsórios.”

8. Proposta de parágrafo único ao art. 650, objeto de veto presidencial: “Parágrafo único. Também pode ser penhorado o imóvel considerado bem de família, se de valor superior a 1.000 (mil) salários mínimos, caso

Apesar da razoabilidade da proposta, esses dispositivos foram objeto de vetos por parte do Presidente da República quando da sanção da Lei 11.382/2006. *De lege lata*, portanto, permaneceram ausentes, nos arts. 649 e 650 do CPC, regras que viessem a permitir, expressamente, a penhora de parte dos bens ali elencados (remuneração e imóvel residencial) em sede de qualquer execução civil.

#### 4. ENTENDIMENTO FAVORÁVEL À MITIGAÇÃO DAS REGRAS DE IMPENHORABILIDADE AINDA DURANTE A VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE 1973

Em seguida aos vetos presidenciais às propostas de § 3º ao art. 649 e de parágrafo único ao art. 650 do CPC, começou a tramitar, na Câmara dos Deputados, o PL 2.139/2007, destinado a promover alteração no inciso IV do art. 649, a fim de permitir a penhora de *um terço* da remuneração do executado<sup>9</sup>. Esse Projeto, contudo, jamais foi aprovado.

Os referidos vetos presidenciais foram contundentemente criticados pela doutrina<sup>10-11-12</sup>, que passou a defender, em grande parte, a penhora tanto de parte da remuneração do executado, quanto de imóveis residenciais de elevado valor.

---

em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será entregue ao executado, sob cláusula de impenhorabilidade.”

9. Redação do Projeto de Lei nº 2.139/2007:

“Artigo 1º O inciso IV do artigo 649 da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 649 (*omissis*)

IV – Dois terços dos vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios, das quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, dos ganhos de trabalhador autônomo e dos honorários de profissional liberal.”

10. Igualmente criticando o veto presidencial à proposta de § 3º do art. 649 do CPC, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 2, p. 315; MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. São Paulo: RT, 2007, p. 255-256; e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reforma do cpc 2: leis 11.382/2006 e 11.341/2006*. São Paulo: RT, 2007, p. 200-201 e 214.
11. Também criticando o veto presidencial à proposta de parágrafo único do art. 650 do CPC, CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 324; e MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 255-256.
12. De nossa parte, tivemos a oportunidade de criticar ambos os vetos em ensaios anteriores: GARCIA REDONDO, Bruno; LOJO, Mário Vitor Suarez. *Penhora*. São Paulo: Método, 2007, p. 98 e 134-135; GARCIA REDONDO, Bruno. Penhora da remuneração do executado: relativização da regra da impenhorabilidade independentemente da natureza do crédito. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte: Fórum, nº 70, abr.-jun. 2010, p. 188; e GARCIA REDONDO, Bruno. A (im)penhorabilidade da remuneração do executado e do imóvel residencial à luz dos princípios constitucionais e processuais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, nº 63, jun. 2008, p. 22 e 24.

Diversos processualistas, portanto, passaram a sustentar<sup>13</sup>, com razão<sup>14</sup>, interpretação capaz de mitigar o rigor das regras do inciso IV do art. 649 e do art. da Lei 8.009/1990, a fim de permitir — a despeito da ausência de previsão expressa — a penhora de parcela dos ganhos do executado e de imóveis residenciais que ultrapassem padrão médio de vida.

A legislação brasileira já permite que os empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (Lei 10.820/2003) e servidores públicos (art. 45 da Lei 8.112/1990 e art. 8º do Decreto 6.386/2008) autorizem o desconto em folha de pagamento dos valores referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, quando previsto nos respectivos contratos. Os valores legalmente autorizados para desconto são de 30% (trinta por cento) da remuneração disponível, quando se tratar de crédito em favor de instituição financeira ou sociedade de arrendamento mercantil (inciso I do § 2º do art. 2º) ou do INSS (§ 5º do art. 6º da Lei 10.820/2003 e inciso VI do art. 115 da Lei 8.213/1991). Em que pese não se tratar tecnicamente de *penhora*, mas de mero desconto consensualmente acordado e promovido extrajudicialmente pelo próprio credor, verifica-se que, por meio dessas normas, o direito positivo já reconhece a possibilidade de destinação de parcela da remuneração para pagamento de obrigações pecuniárias. Pela mesma razão, também deve ser admitida a constrição de parte da remuneração mediante *penhora* em execução judicial, independentemente da natureza do crédito exequendo (se alimentar ou não).

Realmente parece irrelevante a falta de previsão expressa de possibilidade de mitigação das regras do art. 649 do CPC e do art. 1º da Lei 8.009/1990. Afinal, a penhora de parte da remuneração e de imóveis suntuosos decorre inafastavelmente dos prin-

- 
13. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4, p. 396; FUX, Luiz. *A reforma do processo civil*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 251; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: RT, 2007. v. 3, p. 94-96; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. v. 5, p. 555-560; MEDINA, José Miguel Garcia. *Processo civil moderno: execução*. São Paulo: RT, 2008. v. 3, p. 157-158; CÂMARA, Alexandre Freitas. A eficácia da execução e a eficiência dos meios executivos: em defesa dos meios executivos atípicos e da penhora de bens impenhoráveis. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; BRUSCHI, Gilberto Gomes; CECHI, Mara Larsen; COUTO, Mônica Bonetti (coord.). *Execução civil e temas afins – Do CPC/1973 ao Novo CPC: estudos em homenagem ao Professor Araken de Assis*. São Paulo: RT, 2014, no prelo; ARENHART, Sérgio Cruz. A penhorabilidade de imóvel de família de elevado valor e salários. In: ALVIM, Thereza; ARRUDA ALVIM, Eduardo; ASSIS, Araken de et al (coords.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2008, p. 524; MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e direito do credor*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 249-267; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., p. 213-214; e PUCHTA, Anita Caruso. *Penhora de dinheiro on-line*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 125-130.
14. Também já defendemos, em estudos anteriores, a possibilidade da penhora de parte da remuneração do executado e dos imóveis residenciais de alto valor: GARCIA REDONDO, Bruno; LOJO, Mário Vitor Suarez. Op. cit., p. 98-101; GARCIA REDONDO, Bruno. Penhora da remuneração do executado: relativização da regra da impenhorabilidade independentemente da natureza do crédito. Op. cit., p. 188-192; e GARCIA REDONDO, Bruno. A (im)penhorabilidade da remuneração do executado e do imóvel residencial à luz dos princípios constitucionais e processuais. Op. cit., p. 21-23.

cípios da *dignidade da pessoa humana* (inciso III do art. 1º da CRFB), da *efetividade da tutela jurisdicional* (inciso LXXVIII do art. 5º da CRFB), da *utilidade da execução para o credor* (art. 612 do CPC) e da *proporcionalidade*.

Caso contrário, não sendo permitida a penhora de parte da remuneração do executado e dos imóveis residenciais de elevado valor, todo devedor disporá de desproporcional “salvo-conduto” incentivado pela lei, já que, sempre que não possuir outros bens em seu patrimônio, mas somente remuneração e imóvel residencial, ainda que de elevados valores, estará dispensado do pagamento de todas as suas dívidas<sup>15</sup>.

Para evitar absurdos como esses, a interpretação do inciso IV do art. 649 do CPC de 1973 e do art. 1º da Lei 8.009/1990 que mais se revela de acordo com a Constituição Federal é a que admite a penhora de parte dos ganhos do executado, assim como do imóvel residencial de elevado valor, em sede de qualquer execução, ainda desprovida de natureza alimentar. O percentual da remuneração a ser penhorado, assim como a verificação do valor do imóvel que alcance o *status* de “elevado”, devem ser identificados e definidos, pelo juiz, em patamar razoável à luz do caso concreto — avaliando, entre outros elementos, peculiaridades regionais e nacionais e as condições de exequente e executado — capazes tanto de assegurar o *mínimo* necessário à sobrevivência *digna* do executado, quanto de não violar a *dignidade* do exequente<sup>16</sup>.

## 5. PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A VARIAÇÃO DA RELATIVIZAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE DA REMUNERAÇÃO E A OMISSÃO SOBRE O IMÓVEL RESIDENCIAL

Em sua redação original (constante do Anteprojeto entregue pela Comissão de Juristas ao Senado), o PLS166/2010 mantinha a rigidez da impenhorabilidade absoluta, consagrando, no art. 758, as hipóteses de impenhorabilidade absoluta, em redação idêntica à do art. 649 do Código de 1973.

De nossa parte, comparecemos à Audiência Pública realizada pela Comissão de Juristas em 11.03.2010 no Rio de Janeiro – RJ, destinada a colher sugestões para o

15. Márcio Manoel Maidame pondera que “se o devedor não possui outra atividade ou outros bens que lhe convertam renda mensal, e vive apenas do salário, a presente situação equivale a dizer que este cidadão tem um *salvo-conduto* para não pagar nenhuma das suas dívidas judiciais. (...) Afigura-se bastante plausível que o magistrado, quando por outras diligências não se obteve sucesso em encontrar bens penhoráveis, utilize-se das regras da Lei 10.820/03 para proceder à penhora de parcela dos vencimentos do devedor, independente de qual seja a natureza jurídica do débito. Se o devedor pode, *sponte propria*, alhear parcela de seu salário, *a fortiori*, pode o juiz fazê-lo, em busca de efetivar a tutela jurisdicional, desde que mantenha garantido-a ao executado parcela suficiente da remuneração para sobrevivência.” (MAIDAME, Márcio Manoel. Op. cit., p. 255-262).

16. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani traz as seguintes considerações: “indiscutível a necessidade de se respeitar a dignidade da pessoa humana do devedor, mas não podemos esquecer que, do outro lado, o do credor, há também uma pessoa, que precisa se sustentar e aos seus, e que tem também a sua dignidade, e que, para mantê-la necessita e tem o direito de receber o que lhe foi reconhecido judicialmente como devido.” (GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto. O princípio da proporcionalidade e a penhora de salário – novas ponderações (água mole em pedra dura tanto bate até que fura). *Caderno de doutrina e jurisprudência da EMATRA XV*, São Paulo: EMATRA XV, v. 4, nº 2, mar.-abr. 2008, p. 39).

Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, ocasião em que fizemos uso da palavra<sup>17</sup> para defender, expressamente, a inclusão de dispositivo que permitisse ao juiz, caso a caso, mitigar as regras de impenhorabilidade em sede de qualquer procedimento executivo, a fim de permitir maior efetividade da execução sem, por outro lado, fulminar a dignidade mínima que deve ser assegurada ao executado.

Apesar de a Comissão de Juristas não ter acolhido nossa sugestão de relativização da impenhorabilidade formulada na referida Audiência Pública antes mesmo do depósito do Anteprojeto no Senado, a regra original veio a ser relativizada, ainda que parcialmente, durante a tramitação do PLS166/2010 no Senado. Acolhendo parte de nossa sugestão, a Comissão Temporária de Reforma do Código de Processo Civil, que elaborou o Substitutivo ao PLS166/2010, modificou a regra do então art. 758 do Projeto, que se tornou o art. 790 do Substitutivo ao Projeto.

Enquanto o novel art. 790 do Substitutivo permaneceu regulando as hipóteses de impenhorabilidade “absoluta”, seu § 2º<sup>18</sup> passou a conter regra expressa permitindo a penhora da remuneração do executado a partir do patamar de 50 (cinquenta) salários mínimos mensais, independentemente da natureza do crédito exequendo. Em outros termos, os valores mensais que superarem esse limite poderão ser livremente penhorados em sede de qualquer execução, ainda que o crédito não tenha natureza alimentar.

A redação do § 2º do art. 790 do Substituto ao PLS166/2010 foi aprovada pelo Senado Federal em dezembro de 2010, ficando relativizada, assim, a impenhorabilidade da remuneração do executado em sede de execução não alimentar. Dito texto aprovado pelo Senado foi remetido à Câmara.

Em novembro de 2012, a Câmara dos Deputados divulgou o texto da primeira versão de seu Substitutivo ao PL 8.046/2010, sob a Relatoria-Geral do então Dep. Sérgio Barradas Carneiro. Em seu art. 849, inciso IV, foi mantida a regra geral da impenhorabilidade dos ganhos do executado, mas a alçada da relativização da impenhorabilidade foi alterada: o § 4º do art. 849<sup>19</sup> passou a permitir a penhora de 30% dos valores acima de 06 (seis) salários mínimos.

---

17. Verifique-se especialmente as páginas 323 e 325 (que fazem referência à nossa intervenção oral durante a referida Audiência Pública) da versão final, apresentada ao Senado, do Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 21 set. 2011.

18. Substitutivo ao PLS166/2010:

“Art. 790: (*omissis*):

§ 2º O dispositivo do inciso IV do *caput* deste artigo não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia, bem como relativamente às importâncias excedentes a cinquenta salários mínimos mensais.”

19. “Art. 849. São impenhoráveis:

(...)

IV – os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvados os §§ 2º e 4º deste artigo;

A Relatoria-Geral da Comissão Especial de Deputados foi alterada, passando a ser exercida pelo Dep. Paulo Teixeira, que deu continuidade aos trabalhos de debate amadurecimento e modificação do Substitutivo. Em julho de 2013, foi aprovada, pela Comissão Especial da Câmara, a nova versão do Substitutivo, que promoveu mudanças na regra da impenhorabilidade: o “Substitutivo Paulo Teixeira” suprimiu o § 4º do art. 849, eliminando a regra que permitia, expressamente, a possibilidade de penhora de parte da remuneração do executado em sede de execução não alimentar. Em outras palavras, foram rejeitadas as propostas de consagração expressa da relativização da impenhorabilidade e volta-se ao estágio do atual art. 649 do Código de 1973, que não contém regra clara no sentido da possibilidade de constrição de parte dos ganhos do devedor.

Quanto à impenhorabilidade dos imóveis residenciais, todas as versões do Projeto de Novo CPC deixam de regular a matéria, mantendo seu regramento exclusivamente na Lei 8.009/1990, omissão que, a nosso ver, precisa ser corrigida na Câmara dos Deputados.

## 6. DESVANTAGENS DA ESTIPULAÇÃO DE ALÇADAS FIXAS DE IMPE-NHORABILIDADE

Apesar de louváveis as iniciativas do § 2º do art. 790 do Substitutivo ao PLS 166/2010 (aprovado pelo Senado) e do § 4º ao art. 849 do “Substitutivo Barradas” ao PL 8.046/2010 (posteriormente modificado pela Câmara dos Deputados) de mitiguem a regra da impenhorabilidade absoluta do “salário”, não nos parece benéfica a estipulação de limite aparentemente rígido — e indevidamente elevado para fins nacionais — de impenhorabilidade, mediante “ piso ” e “ teto ” fixos (em percentual, fração, etc.).

Guardando o Brasil dimensões continentais, com graves contrastes socioeconômicos (tanto entre regiões geográficas, quanto entre seguimentos sociais), deve o legislador preferivelmente evitar a estipulação de alçadas fixas de impenhorabilidade (fixação de valores ou patamares preestabelecidos pelo Legislativo), como forma, inclusive, de permitir atuação mais ativa do magistrado em cada caso.

A efetividade da tutela jurisdicional é potencializada sempre que se dota o magistrado de deveres-poderes para exercer a justiça do caso concreto. Ao juiz cabe, de acordo

---

§ 2º O disposto nos incisos IV e X do caput deste artigo não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia, que deve observar o disposto no § 7º do art. 542 e no § 3º do art. 543.

(...)

§ 4º A impenhorabilidade de que trata o inciso IV não alcança trinta por cento dos valores percebidos acima de seis salários mínimos nacionais; a penhora, neste caso, observará as seguintes regras:

I – deve-se levar em consideração, para a definição do montante sobre o qual poderá recair a penhora, o valor da remuneração, abatidos o imposto de renda, a contribuição previdenciária e a pensão alimentícia devida em razão de relação de família;

II – não é permitida, em qualquer caso, a penhora de pensão alimentícia decorrente de relação de família;

III – será realizada mensalmente mediante desconto em folha de pagamento de pessoal, se possível.”.

com as peculiaridades de cada situação, verificar o *quantum* de patrimônio *relativamente impenhorável* que poderá ser objeto de constrição judicial, a fim de permitir satisfação mais efetiva do crédito com preservação do mínimo necessário à sobrevivência digna do executado.

Se essa técnica (de deixar que o juiz fixe o percentual ou o valor a ser penhorado no caso concreto) é adotada e bem sucedida no caso da penhora de remuneração em execução alimentar, por qual razão ela não é aplicada quando se trata de execução de crédito desprovido de natureza alimentar?

## 7. SUGESTÃO NORMATIVA: RELATIVIZAÇÃO DE TODAS AS IMPENHORABILIDADES

Como resultado do presente ensaio, trazemos ao leitor e à comunidade jurídica sugestão — ainda que modesta — de alteração das regras de impenhorabilidade, no sentido de sua mitigação.

Consideramos salutar a inserção, no Projeto de Novo Código de Processo Civil, de dispositivo de redação simples, que consagre regra que permita ao magistrado relativizar, no caso concreto, todas as hipóteses de impenhorabilidade (tanto as previstas no Código de Processo Civil, quanto na legislação extravagante, *v.g.*, Lei 8.009/1990), preferivelmente na seguinte linha: “*Na falta de bens livres do executado para penhora, as regras de impenhorabilidade poderão ser parcialmente afastadas pelo magistrado no caso concreto, por meio de decisão adequadamente fundamentada, para permitir a penhora de parte dos bens protegidos, mantendo-se como impenhorável a estrita parcela do patrimônio do executado que configure o mínimo essencial à sua sobrevivência digna ou à continuidade de suas atividades, caso esta ainda se revele viável.*”.

Todas as regras de impenhorabilidade — especialmente as relativas à remuneração e ao imóvel residencial do executado — devem ser relativizadas, sempre que a mitigação da proteção patrimonial permitir o recebimento, pelo exequente, do bem da vida a que faz jus, com garantia de reserva, ao executado, da mínima parte de seus bens que lhe permita sobreviver com dignidade ou dar continuidade à atividade se esta ainda se revelar viável.

## 8. CONCLUSÃO

O momento especial em que o magistrado avalia quais bens podem ser objetos de penhora, e os que de seu rol estão excluídos, é de grande relevância prática. A análise do tema objeto do presente estudo, a partir de uma leitura constitucional do Direito Processual Civil, impõe a revisão de certas premissas em que se baseiam as correntes de viés mais tradicional.

A *crise do inadimplemento* permanece como que uma sombra permeando as execuções, deixando latentes os riscos de o credor não receber o bem da vida a que faz jus, ou de recebê-lo tardiamente.

Por essa razão, as hipóteses de impenhorabilidade precisam deixar de ser consideradas como *absolutas* ou intransponíveis, para que passem a ser, como regra geral, sempre *relativas*. Por certo, em todos os casos, deverá ser reservada ao executado, sob o manto da impenhorabilidade *absoluta*, a estrita parcela de seu patrimônio capaz de proporcionar-lhe sobrevivência *digna* ou a continuidade da atividade em empresarial *viável*. A parte restante de seus bens, que exceder o indispensável à sua subsistência com dignidade, poderá ser objeto de livre penhora, mormente quando o executado não possuir outros bens livres e desimpedidos para satisfazer o crédito exequendo, independentemente de sua natureza — isto é, se alimentar ou não.

Deve o Projeto de Novo Código de Processo Civil, portanto, consagrar regra expressa que permita ao juiz o afastamento, ainda que parcial e caso a caso, de todas as hipóteses de impenhorabilidade, especialmente no que tange à remuneração e aos imóveis residenciais (de elevado valor) do executado. Afinal, como canta o verso, *as glórias que vêm tarde já vêm frias*<sup>20-21</sup>.

## 9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *O abuso do direito processual e o princípio da proporcionalidade na execução civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ARENHART, Sérgio Cruz. A penhorabilidade de imóvel de família de elevado valor e salários. In: ALVIM, Thereza; ARRUDA ALVIM, Eduardo; ASSIS, Araken de et al (coords.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2008.
- BERMUDES, Sergio. *Direito processual civil: estudos e pareceres – 2ª série*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. A eficácia da execução e a eficiência dos meios executivos: em defesa dos meios executivos atípicos e da penhora de bens impenhoráveis. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; BRUSCHI, Gilberto Gomes; CECHI, Mara Larsen; COUTO, Mônica Bonetti (coord.). *Execução civil e temas afins – Do CPC/1973 ao Novo CPC: estudos em homenagem ao Professor Araken de Assis*. São Paulo: RT, 2014, no prelo.
- \_\_\_\_\_. *Lições de direito processual civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 2.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. v. 5.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 4.
- \_\_\_\_\_. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FUX, Luiz. *A reforma do processo civil*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

20. GONZAGA, Tomás Antônio. *Marília de Dirceu*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1972, p. 41: “Lira XIV (...) Que havemos d’esperar, Marília bela? Que vão passando os florescentes dias? As glórias, que vêm tarde, já vêm frias; E pode enfim mudar-se a nossa estrela”

21. Advertência semelhante, dessa vez relativa ao Direito Processual Civil, pode ser encontrada em BERMUDEZ, Sergio. *Direito processual civil: estudos e pareceres – 2ª série*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 106.

- GARCIA REDONDO, Bruno. A (im)penhorabilidade da remuneração do executado e do imóvel residencial à luz dos princípios constitucionais e processuais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, nº 63, jun. 2008.
- \_\_\_\_\_. Penhora da remuneração do executado: relativização da regra da impenhorabilidade independentemente da natureza do crédito. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte: Fórum, nº 70, abr.-jun. 2010.
- \_\_\_\_\_; LOJO, Mário Vitor Suarez. *Penhora*. São Paulo: Método, 2007.
- GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto. O princípio da proporcionalidade e a penhora de salário – novas ponderações (água mole em pedra dura tanto bate até que fura). *Caderno de doutrina e jurisprudência da EMATRA XV*, São Paulo: EMATRA XV, v. 4, nº 2, mar.-abr. 2008.
- GONZAGA, Tomás Antônio. *Marília de Dirceu*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1972.
- GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. 2.
- MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e direito do credor*. Curitiba: Juruá, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. São Paulo: RT, 2007.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Processo civil moderno: execução*. São Paulo: RT, 2008. v. 3.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reforma do cpc 2: leis 11.382/2006 e 11.341/2006*. São Paulo: RT, 2007.
- PUCHTA, Anita Caruso. *Penhora de dinheiro on-line*. Curitiba: Juruá, 2009.
- REIS, José Alberto dos. *Processo de execução*. Coimbra: Coimbra, 1985. v. 1.
- SILVA, Ênio Moraes da. *Considerações críticas sobre o novo bem de família*. Curitiba: Juruá, 1993.
- TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. A Penhora de Salários e a Efetividade do Processo de Execução. In: SHIMURA, Sérgio; e NEVES, Daniel A. Assumpção (coord.). *Execução no processo civil: novidades & tendências*. São Paulo: Método, 2005.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: RT, 2007. v. 3.



# REFLEXÕES SOBRE OS NOVOS RUMOS DA TUTELA DE URGÊNCIA E DA EVIDÊNCIA NO BRASIL

*CARLOS AUGUSTO DE ASSIS<sup>1</sup>*

## 1. INTRODUÇÃO

Tratar de direito projetado é sempre um risco. O projeto pode não redundar em lei ou, ainda que o seja, ninguém garante que o seu conteúdo será mantido.

No caso, porém, dada a discussão que o projeto vem experimentando desde que passou à Câmara dos Deputados, com intervenções de renomados juristas, pode-se dizer que, no mínimo, ele revela uma tendência. Desse modo, e voltando o foco exclusivamente à tutela de urgência, é razoável esperar que, de uma maneira ou outra, as mudanças ali preconizadas venham a se operar, total ou parcialmente.

Uma advertência inicial é necessária. Diz respeito à determinação de qual versão será utilizada como base. Isso porque, desde a apresentação do anteprojeto, no Senado Federal, elaborado pela Comissão presidida pelo Ministro Fux, várias foram as alterações e substitutivos. Assim, já definindo, esse estudo tomará por base o projeto tal qual apresentado no relatório do Deputado Paulo Teixeira e aprovado pela Comissão Especial da Câmara, em julho de 2013. Sempre que nos referirmos ao “projeto”, entenda-se que é essa versão. Eventuais referências ao projeto original, elaborado pela Comissão (Projeto de Lei 166/10), ou ao projeto saído do Senado Federal (Projeto 8.046/10) ou a outra versão serão acompanhadas de específica indicação.

Para proceder à análise, julgamos oportuno começar com um item dando notícia da nova sistematização elaborada e da nova terminologia empregada no projeto especificamente com relação a esse tema. Caso contrário, haveria o sério risco de falha de compreensão.

Estabelecidas essas novas premissas, cuidaremos de dar destaque para as principais inovações que se pretende operar. Veremos em que consistem e faremos um exercício de reflexão quanto à potencialidade de atingir os resultados desejados, além de apontar eventuais problemas ou riscos na futura aplicação.

---

1. Mestre e doutor em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP. Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogado em São Paulo.

## 2. NOMENCLATURA E SISTEMATIZAÇÃO

O Projeto inova significativamente a esse respeito. Começa, na realidade, pelo próprio projeto original com a introdução da expressão “tutela da evidência”<sup>2</sup>. A introdução dessa expressão em nosso direito positivo, a nosso ver, não deve criar muitas dificuldades.

Maior problema, entretanto, vemos no novo sentido atribuído à expressão tutela antecipada. Com efeito, nossa doutrina, como fruto de longo desenvolvimento de ideias, assentou que por “tutela antecipada” deveríamos entender a tutela sumária de caráter satisfativo, diferentemente da tutela cautelar, que seria destinada apenas a assegurar, e não a satisfazer.<sup>3</sup>

O Projeto 166/10 não mencionava a expressão “tutela antecipada”, referindo-se apenas à “tutela de urgência” e à “tutela da evidência”, que poderiam envolver medidas *de natureza cautelar ou satisfativa*<sup>4</sup>. A mesma ideia foi mantida no Projeto 8.046/12, que acrescentou, porém, de forma didática, que as medidas satisfativas seriam aquelas que visam a “*antecipar ao autor*” [...] “*os efeitos da tutela pretendida*”<sup>5</sup>; enquanto as medidas cautelares teriam o intuito de “*afastar riscos e assegurar o resultado útil do processo*”<sup>6</sup>.

Como se percebe, apesar de ter sido suprimida a expressão “tutela antecipada”, o conceito inerente permanecia, na medida em que se destacava que as medidas cautelares asseguravam e as medidas *satisfativas antecipavam*.

O Projeto retomou a expressão tutela antecipada<sup>7</sup>, mas atribuiu-lhe um sentido diferente daquele que já estava consagrado e assentado em doutrina. Realmente, a tutela provisória de cognição sumária (Livro V – artigos 295 e seguintes) recebe o nome genérico de “Tutela Antecipada”, englobando a tutela de urgência (satisfativa ou cautelar) e a tutela da evidência<sup>8</sup>.

---

2. Tributa-se essa expressão ao Presidente da Comissão que elaborou o anteprojeto, o Ministro Luiz Fux. De fato, em sua tese de cátedra, defendida em 1995, ele já se referia à tutela satisfativa sumária sem justificativa na urgência, como tutela da evidência (tese foi publicada em 1996, pela editora Saraiva, sob o título “Tutela da Urgência e Tutela da Evidência”).

3. Em relação a esse longo desenvolvimento, não podemos deixar de mencionar, de forma destacada, Ovídio Baptista da Silva (entre os diversos trabalhos, cite-se, por exemplo, o Curso de Processo Civil, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1993) e Luiz Guilherme Marinoni (com sua pioneira tese “Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória”, São Paulo: RT, 1992., particularmente item 4.1, p. 75-79)

4. Art. 277 do Projeto 166/10.

5. Art. 269, § 1.º, Projeto 8.046/12.

6. Art. 269, § 2.º, Projeto 8.046/12.

7. Atendendo a reclamos, como se destaca no Relatório do Deputado Teixeira: “*O termo tutela antecipada já está incorporado à tradição jurídica brasileira e não pode ser simplesmente ignorado pelo novo CPC – que não o abandona, mas deixa de mencioná-lo. Daí a mudança terminológica proposta.*”

8. Apesar do Projeto, no seu art. 295, caput, referir-se à tutela antecipada como englobando a satisfativa e a cautelar, e afirmar, no parágrafo único, que “*a tutela antecipada, pode fundamentar-se em urgência ou evidência*”, entendemos que a tutela da evidência, pela sua própria natureza, só pode ser satisfativa.

Não nos parece que tenha sido feliz a alteração no sentido da expressão. Não se trata de olvidar a advertência de Shakespeare<sup>9</sup>. Também não se nega que a nova sistematização empreendida pode ter sua justificativa lógica, dependendo de como se argumentar. Afinal, se ambas são tutelas antecedentes à pretendida tutela definitiva, é possível tanto em uma como em outra entrever um caráter antecipatório<sup>10</sup>.

Ocorre que a nova nomenclatura e sistematização tem potencial de gerar desnecessária confusão entre os operadores do direito. Aquele que é estudioso do processo civil, particularmente da tutela de urgência, poderá assimilar a mudança sem maiores dificuldades. Quanto aos demais, é lícito supor que demorem algum tempo até assimilarem a mudança. Mais do que isso. Até se familiarizarem com a inovação, alguns equívocos certamente surgirão, com possível prejuízo ao jurisdicionado. Se ainda houvesse um benefício prático com a mudança, talvez valesse a pena enfrentar tais dificuldades. Não vislumbramos, entretanto, qualquer benefício prático.

Outro aspecto importante para ser destacado de plano é a unificação da disciplina da tutela de urgência (ou, mais amplamente, de toda a tutela sumária não-definitiva), atendendo a reclamos de parcela significativa de autorizada doutrina<sup>11</sup>. Desaparece o “livro do processo cautelar” e passa-se a ter a regulamentação toda da tutela sumária não-definitiva enfeixada no livro V (“DA TUTELA ANTECIPADA”).

Outro ponto significativo em termos estruturais é que a nova regulamentação não mais prevê procedimentos cautelares típicos.

Feitas essas observações em termos de estrutura, partiremos agora da premissa da nova nomenclatura e sistematização para desenvolver nossos outros comentários. Assim, falaremos em termos de tutela antecipada como gênero de tutela sumária não-definitiva, que abarca tanto a tutela de urgência quanto a de evidência. A tutela de urgência, por sua vez, dividida em satisfativa e cautelar (meramente assecuratória, isto é, não satisfativa).

9. "What's in a name? That which we call a rose by any other name would smell as sweet." (Romeo and Juliet, II, ii, 1-2), que, numa tradução livre, pode ser assim lido: "O que há num nome? Aquilo que chamamos de rosa, se o fizéssemos por outro nome teria o mesmo doce odor".

10. Embora nesse caso se tenha que fazer uma abstração da bem construída distinção entre provisório e temporário. Tal distinção, entre nós, remonta a Lopes da Costa (Medidas Preventivas, 3.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Sugestões Literárias, 1966, p. 16) que explica que dentro da rubrica do “não-definitivo”, temos o **provisório** (que deve ser substituído pelo definitivo) e o simplesmente **temporário** (que existe para durar o tempo necessário e depois desaparecer, sem que necessariamente venha algo em seu lugar). Assim, a barraca do desbravador dos sertões, como exemplifica Lopes da Costa, é uma habitação **provisória**, porque depois será substituída pela moradia definitiva. Essa mesma barraca, porém, como pondera Ovídio Baptista, utilizada em viagem de férias é simplesmente **temporária** (Curso de Processo Civil, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1993, p. 38-39). Usando a terminologia de hoje, e na visão de Ovídio Baptista (idem, p. 43) o cautelar é tipicamente temporário, enquanto a tutela antecipada é eminentemente provisória. Julgamos correta tal distinção, o que, a nosso ver, torna inadequado falar que o provimento cautelar também tem caráter antecipatório. Ressalte-se, todavia, que Piero Calamandrei, que acolhia distinção entre “provvisorietà” e “temporaneità”, defendia que os provimentos cautelares (aí incluídos, na visão do autor, os satisfativos e os assecuratórios) eram provisórios (Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari, Padova: CEDAM, 1936, p. 10/11).

11. Cândido Dinamarco, A Reforma da Reforma, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 90-91.

### 3. NORMAS GERAIS DA TUTELA ANTECIPADA

Seguindo a mesma linha do projeto, vejamos os principais pontos das tutelas antecipadas, de um modo geral.

É estabelecida a possibilidade de tutela antecipada tanto em caráter antecedente como incidental (sendo que o CPC de 1973 prevê as duas formas apenas para a cautelar). O Projeto também destaca o caráter temporário<sup>12</sup> da tutela antecipada, visto que sua eficácia é mantida “*na pendência do processo*”, podendo, entretanto, ser revogada ou modificada a qualquer tempo (art. 297).

O Projeto trata da efetivação da tutela antecipada, de um modo geral, conferindo ampla liberdade ao juiz ao determinar que para tal mister ele poderá tomar “*as medidas que considerar adequadas*” (art. 298). A única indicação específica quanto ao modo de efetivação é encontrada no parágrafo único, que se reporta às normas de cumprimento provisório de sentença “no que couber”.

Esse é realmente um ponto delicado. Basta lembrar que, em matéria de tutela antecipada satisfativa, tivemos alteração legislativa específica (art. 273, § 3.º, CPC de 1973), que vem recebendo interpretações diversas pela doutrina.

Em breves linhas, vejamos a evolução que se operou a esse respeito. Recorde-se que o referido parágrafo 3.º, na redação dada pela Lei 8.952/94<sup>13</sup>, falava que a *execução* da tutela antecipada iria observar no que coubesse o art. 588, II e III<sup>14</sup>. Na oportunidade, muitas foram as discussões a respeito da interpretação a ser dada ao dispositivo<sup>15</sup>. A alteração legislativa operada em 2002 trouxe novas luzes ao tema. De início, verificou-se que a Lei 10.444/02 trocou o termo “*execução*” por “*efetivação*”, e o fez por uma razão de ordem técnica. Segundo se costuma entender, “*executar*” é expressão que se deve utilizar para designar a realização prática de provimentos de natureza condenatória. Como os provimentos de antecipação de tutela satisfativa podem ser de diversas naturezas (não só condenatória, mas constitutiva, mandamental, etc.), entendeu-se inadequado falar apenas em “*execução*”<sup>16</sup>. Trocou-se por “*efetivação*”, que

12. O Projeto não distingue o simplesmente “temporário” do “provisório”, conforme doutrina anteriormente mencionada.

13. Lei que, como se sabe, modificou completamente o art. 273, CPC de 1973, generalizando a antecipação de tutela em nosso sistema processual.

14. Esse artigo, à época, dispunha sobre a “execução provisória”, hoje cumprimento de sentença provisório, objeto do art. 475-O.

15. Kazuo Watanabe, por exemplo, defendia que em se tratando de provimento condenatório típico haveria necessidade de execução forçada provisória (Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer, p. 37). Cândido Dinamarco, por sua vez, embora falasse em “execução forçada”, levada a efeito por provimento antecipatório “de caráter condenatório” (A Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 141), entendia que a execução da antecipação de tutela se fazia na mesma relação processual (idem, p. 148). Luiz Guilherme Marinoni, de seu turno, falava que a referência à execução provisória, aplicável à antecipação de soma em dinheiro, deveria ser entendida apenas como “parâmetro operativo”, comportando uma série de nuances (A Antecipação da Tutela, São Paulo: Malheiros, 3.ª ed., 1997, p. 181 e segs.).

16. “Tecnicamente, em processo civil, o conceito de execução forçada deve ser reservado para exprimir o fenômeno da atuação da sanção por emprego dos meios de **sub-rogação**.” (Humberto Theodoro Junior, Processo de

é mais abrangente. Além disso, acrescentou-se que a efetivação iria observar “*conforme sua natureza*”, as normas previstas “*nos artigos 588, 461, §§ 4.º e 5.º e 461-A*”<sup>17</sup>. Ponto central passou a ser, portanto, definir o alcance da remissão aos parágrafos 4.º e 5.º. Abrangeria qualquer provimento antecipado, ou apenas os não-condenatórios:<sup>18</sup>

O Projeto, nesse particular, parece ter optado pelo entendimento que dá ampla abertura para o magistrado efetivar a medida de antecipação de tutela da maneira que achar mais consoante à sua função constitucional. De um lado, não faz mais referência à expressão condicionante “*conforme sua natureza*”. De outro, no *caput*, estabelece como base para a efetivação que o juiz pode determinar “*as medidas que considerar adequadas*”<sup>19</sup>. Essa expressão revela que o legislador utiliza novamente a técnica do conceito juridicamente indeterminado. Como é sabido, ao empregar essa técnica o legislador confere poderes mais largos ao juiz. Isso não significa, porém, que ele está completamente livre para implementar a tutela antecipada. Sua condução sempre estará vinculada à função constitucional, e sujeita aos ditames da proporcionalidade e razoabilidade inerentes ao devido processo legal<sup>20</sup>.

Ainda na disciplina geral, o Projeto preocupa-se em repetir, numa fórmula um pouco mais ampla, a determinação do atual § 1.º do art. 273, que exige motivação clara e precisa na decisão que concede a antecipação de tutela. O Projeto, no art. 299, fala em motivação ao “*conceder, negar, modificar ou revogar*”. Embora se possa dizer, com razão do ponto de vista técnico, que toda decisão judicial deve ser motivada (art. 93, IX, CF), pensamos que a advertência continua sendo oportuna, pois a prática

---

Execução e Cumprimento da Sentença, São Paulo: LEUD, 27.ª ed., 2012, p. 51).

17. Desde logo, deve ser desconsiderada a referência ao art. 461-A, dada a sua inocuidade, “... porque esse dispositivo simplesmente submete as obrigações de entrega à disciplina constante do art. 461 e seus parágrafos, sem nada dispor por si próprio sobre a efetivação de medidas.” (Cândido Dinamarco, A Reforma da Reforma, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 103)
18. De nossa parte, defendemos que os referidos parágrafos não seriam aplicáveis aos provimentos tipicamente condenatórios, pois a remissão estava condicionada à expressão “conforme sua natureza” (Novas Feições da Antecipação da Tutela, Revista Gênesis de Direito Processual Civil vol. 30, out.dez. 2003, p. 715). Luiz Guilherme Marinoni, por sua vez, até mesmo antes da mudança operada pela Lei 10.444/02, admitia a fixação de multa na tutela antecipada de soma em dinheiro quando fundada no receio de dano (Antecipação da Tutela, São Paulo: Malheiros, 3.ª ed., 1997, p. 181 e segs.). Cássio Scarpinella Bueno também discorre sobre o tema e vincula a expressão “conforme sua natureza” à urgência (inciso I) ou não (inciso II) da tutela antecipada. Para os casos de urgência, segundo ele, o juiz poderia criar “...um modelo de concretização da tutela antecipada totalmente divorciado do modelo ‘condenação/execução’ representado na petição inicial que lhe foi entregue, porque se trata de uma situação de urgência a reclamar, correlatamente, um sistema de concretização mais eficaz, mais célere, mais ágil, mais tudo, um sistema que definitivamente possa ter aptidão para dar algum grau de satisfação (de resposta) à pretensão do autor na exata medida de suas necessidades concretas.” (Tutela Antecipada, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 107).
19. A referência feita ao “cumprimento provisório de sentença” para a efetivação da tutela antecipada “no que couber” se dá apenas no parágrafo único, o que denota ser o comando principal nesse campo a liberdade do magistrado (*caput*).
20. Sobre o devido processo legal e sua relação com a proporcionalidade e a razoabilidade, Maria Rosynete Oliveira Lima (Devido Processo Legal, Porto Alegre: SafE, 1999, p. 273-280) e o nosso A Antecipação da Tutela à luz da garantia constitucional do devido processo legal, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 63-66.

mostra que há deficiências nesse particular (juízes que infelizmente não fundamentam adequadamente suas decisões em matéria de tutela de urgência).

Finalmente, o artigo 300, do Projeto, tratando da competência em matéria de tutela antecipada, sem maiores novidades<sup>21</sup>. Foi mantido o sistema atualmente utilizado em matéria de cautelar, dispondo o art. 300 que será requerida: a) perante o juiz da causa, se incidente, ou para quem deve conhecer o pedido principal, se for antecedente; e b) perante o órgão que deve apreciar o mérito, no caso de competência originária de tribunal ou de recurso.

Abordadas as disposições gerais, e seguindo a mesma sistematização do Projeto, passemos a tratar das normas específicas sobre tutela de urgência, e, após, da tutela da evidência.

#### 4. TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA

Significativa mudança pode ser observada na redação do art. 301, que estabelece os requisitos para a concessão da tutela antecipada de urgência. Nesse ponto, porém, o regime jurídico único para a tutela de urgência (satisfativa e não-satisfativa), que é benéfico em vários pontos, aqui deveria contemplar uma diferenciação.

Com efeito, segundo a redação do Projeto, a concessão depende de elementos que evidenciem “*probabilidade do direito*” e “*perigo na demora*”<sup>22</sup>. Abstraindo o requisito do “*periculum in mora*”, em relação ao qual não vemos mudança substancial, concentremo-nos naquele pertinente à profundidade da cognição. Comparando o dispositivo com o estabelecido no CPC de 73, vemos que para as cautelares (ou medidas não-satisfativas) o requisito é o “*fumus boni juris*” (ideia que pode ser entendida como verossimilhança da alegação), enquanto que nas satisfativas exige-se “*prova inequívoca que conduza à verossimilhança da alegação*”.

A falta de diferenciação expressa, no caso, não nos parece ter sido a melhor opção. Desde a Lei 8.952/94, que reformulou o art. 273, CPC, generalizando a antecipação de tutela em nosso sistema, a doutrina majoritária tem defendido que os requisitos da tutela antecipada satisfativa devem ser mais rigorosos do que os da tutela cautelar<sup>23</sup>. Isso, fundamentalmente, porque o caráter satisfativo implica maior risco na sua concessão.

21. A novidade que se pode vislumbrar, nesse campo, é não propriamente do dispositivo, mas da estruturação da disciplina legal, como falado acima, que estabelece o “regime jurídico único” para a tutela satisfativa e não satisfativa (cautelar). Assim, o conteúdo da norma do art. 800, CPC/73, passa a ser reproduzido em termos semelhantes, mas numa outra abrangência, incluindo expressamente a antecipação de tutela satisfativa. É de se ressaltar, porém que a doutrina já havia chegado ao mesmo resultado mediante interpretação (cf., entre outros, Cássio Scarpinella Bueno, *Tutela Antecipada*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 95).

22. O Anteprojeto falava em “*plausibilidade*” e “*risco de dano irreparável ou de difícil reparação*”. Como se percebe, a intenção de não fazer diferenciação expressa dos requisitos já existia.

23. Nesse sentido, veja-se, a título de exemplo, Cândido Dinamarco: “A exigência de prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais do que o *fumus boni juris* exigido para a tutela cautelar.” (*A Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 143) ou Teori Zavascki: “... diferentemente do que ocorre no processo cautelar (onde há juízo de plausibilidade quanto ao direito e de probabilidade quanto aos fatos alegados), a antecipação da tutela de mérito supõe verossimilhança quanto ao

Nessa mesma linha, alguns autores têm se manifestado contra a falta de distinção expressa dos requisitos para a concessão da tutela antecipada satisfativa e não-satisfativa no direito projetado<sup>24</sup>. Fazemos coro a essas vozes.

Entretanto, a essa altura, cabe uma ponderação: a se prevalecer tal redação, passaremos a ter exatamente as mesmas exigências para a concessão da tutela antecipada satisfativa e não-satisfativa? Cremos que não e as razões para esse nosso entendimento são de ordem constitucional.

Com efeito, analisando o sistema constitucional de garantias judiciais, notamos que, tanto a inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5.º, XXXV), quanto o devido processo legal (art. 5.º, LIV) implicam o direito à tutela jurisdicional adequada. Isso é bastante destacado em matéria de tutela jurisdicional diferenciada<sup>25</sup>. Ora, a tutela jurisdicional adequada significa, entre outras coisas, aquela que se faz segundo a técnica

---

fundamento de direito, que decorre de (relativa) certeza quanto à verdade dos fatos.” (A Antecipação de Tutela, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 76), Arruda Alvim (“Por isso não existe rigorosa identidade entre a decisão cautelar e a da tutela antecipada. Existe, isto sim, uma diferença de graus, o que vem sendo admitido pela doutrina atual. A cognição há de ser menos superficial para que se conceda medida antecipatória de tutela.” – Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. RePro 97/51-106 jan.mar. 2000, especialmente p. 97), ou, ainda, José Roberto dos Santos Bedaque: “Prova inequívoca da verossimilhança implicaria, portanto, juízo cognitivo mais profundo do que aquele exigido no art. 798 para a cautelar, mas inferior à cognição plena e exauriente que antecede a tutela definitiva.” (Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência, São Paulo: Malheiros, 2.ª ed., 2001, p. 334). Não se trata, porém, de entendimento uníssono. Luiz Guilherme Marinoni, por exemplo, repudia a tese de que a lei exige graus de convicção distintos para a concessão da tutela cautelar e da tutela antecipada (ver Antecipação da Tutela, São Paulo: RT, 10.ª ed., 2008, particularmente p. 172-177). Destaque-se, também, o entendimento de Eduardo Talamini no sentido de que a gradação dos requisitos só se justificaria se as providências cautelares fossem sempre menos gravosas que as antecipatórias satisfativas, o que não ocorreria em todos os casos (Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e Não Fazer, São Paulo: RT, 2001, p. 351-353). Embora a ponderação do professor paranaense tenha pertinência, parece-nos que, como regra geral, a tutela antecipada satisfativa é mais gravosa, o que recomenda que normalmente a sua concessão esteja cercada de maiores cuidados.

24. Nesse sentido, lembre-se que Humberto Theodoro Jr., que integrou a comissão encarregada do anteprojeto, observando alguns ajustes que, no seu entender, deveriam ser feitos no Projeto de Lei 166/2010, que tramitava pelo Senado Federal, assim se manifestou: “O art. 283 arrola para a tutela cautelar (conservativa) e a tutela antecipatória (satisfativa) os mesmos requisitos, sem atentar para a diversidade de consequências práticas e jurídicas que advêm de uma medida neutra, como é a conservativa, e de uma medida de mérito, como é a antecipação da tutela substancial. Questões como a da inequívocidade da prova e da irreversibilidade da medida, *data venia*, não deveriam ser desprezadas quando se trata de antecipação dos efeitos da futura sentença de mérito. A experiência do atual Código, em seu art. 273, não deveria ter sido desprezada. As duas situações são substancialmente heterogêneas., de modo a não permitir tratamento processual homogêneo.” (Primeiras Considerações sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil, in Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, jan. fev.2012, vol. 66, p. 8). Em coletânea coordenada por Fredie Didier J., José Henrique Mouta e Rodrigo Klippel, intitulada O Projeto do Novo Código de Processo Civil (Salvador: Jus Podium, 2011), José Herval Sampaio Jr. também discordou desse tratamento uniforme, asseverando que “... para acautelar os elementos, sem sombra de dúvidas, devem ser menos rigorosos do que para antecipar efeitos práticos do próprio pedido principal.” (p. 245) Dierle Nunes, Alexandre Bahia, Bernardo Ribeiro Câmara e Carlos Henrique Soares, comentando ainda sobre o Projeto de Lei 8.046/2010 (que falava em “plausibilidade” para ambas) também manifestam preocupação com esse tratamento, pelos potenciais riscos de concessão de uma tutela antecipada satisfativa sem um grau de convencimento maior que a “prova inequívoca” proporciona (Curso de Direito Processual Civil, fundamentação e aplicação. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 636-7).
25. Luiz Guilherme Marinoni bem desenvolveu a temática ao tratar da tutela antecipada, em diversos de seus trabalhos (veja-se, entre outros, Antecipação de Tutela, São Paulo: RT, 10.ª ed., 2008, item 3.4, p. 132-141).

cognitiva adequada para os fins colimados. Assim, é adequada a cognição exauriente para a tutela jurisdicional definitiva no processo de conhecimento, mas não é adequada para a tutela de urgência, não-definitiva (para as quais deve ser utilizada cognição sumária). Da mesma forma, no âmbito da cognição sumária, o grau de aprofundamento exigido para uma tutela urgente não-satisfativa deve ser menor que o requerido para a concessão de uma tutela urgente satisfativa. A superficialidade da cognição pode ser adequada para o primeiro caso, mas não para o segundo. Aí também se deve fazer cuidadosa verificação da cognição adequada, num juízo de proporcionalidade inerente ao devido processo legal.

Em suma, defendemos que o art. 301, do Projeto, interpretado à luz da Constituição, implica reconhecer que o grau de probabilidade exigido para a concessão de tutela antecipada cautelar é menor do que o requerido para a tutela antecipada satisfativa<sup>26</sup>.

Quanto à possibilidade de se exigir caução para a concessão da medida (§ 1.º), há previsão expressa hoje em dia em matéria de tutela cautelar, mas é também aceito pela doutrina e jurisprudência em matéria de tutela antecipada satisfativa. A concessão liminar em matéria de tutela de urgência, prevista no § 2.º, é igualmente admitida atualmente e não vislumbramos alteração na aplicação do futuro dispositivo.

A proibição da concessão da tutela antecipada em caso de irreversibilidade (§ 3.º) repete disposição semelhante do art. 273, § 2.º, CPC/73, mas com uma redação que nos parece melhor. Ao invés de falar em perigo de “*irreversibilidade do provimento antecipado*”, refere-se “*irreversibilidade dos efeitos da decisão*”, o que confere com o entendimento majoritário que hoje se tem dado a esse requisito negativo. O único ponto que se poderia eventualmente mencionar é quanto à ausência de ressalva da proibição em caso de irreversibilidade recíproca, quando, então, se deve utilizar o princípio da proporcionalidade<sup>27</sup>. Como essa ressalva já está, hoje em dia, devidamente consolidada em doutrina e jurisprudência, não vemos problema em não se fazer menção expressa.

Um aspecto que gerou discussão durante a tramitação do Projeto foi a concessão da tutela antecipada “*ex officio*”. O Anteprojeto, apresentado ao Senado, previa a possibilidade de concessão de ofício em toda a medida de urgência (cautelar ou satisfativa). Essa ideia prevaleceu no Projeto 8.046/10, levado à Câmara dos Deputados. Na Câmara dos Deputados, a questão foi debatida e na versão anterior do Projeto (apresentada em

26. Talvez essa mesma ideia esteja subjacente na justificativa à rejeição da Emenda 807/11. Na referida emenda se pretendia incluir expressamente a exigência de “prova inequívoca” para a concessão da tutela antecipada satisfativa. A esse respeito, se disse, ao rejeitá-la: “quanto à prova inequívoca, o juiz deverá de acordo com o art. 271, indicar de modo claro e preciso as razões do seu convencimento, Emenda rejeitada.” Supomos que se tenha pretendido dizer que não haveria necessidade de mencionar a prova inequívoca como requisito, uma vez que, numa motivação clara e precisa o magistrado necessariamente deveria indicar a existência de elementos que lhe dessem grau de convencimento suficiente para uma medida de caráter satisfativo (o que, na lei atual, se expressa na “prova inequívoca”).

27. Cf. entre outros, Athos Gusmão Carneiro, *Da antecipação da tutela*, Rio de Janeiro: Forense, 3.ª ed., 2002, p. 76-77; José Roberto Bedaque, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada, tutelas sumárias e de urgência*, São Paulo: Malheiros, 2.ª ed., 2001, p. 344.

maio/13) mantinha-se uma situação semelhante à atual<sup>28</sup>. Com efeito, a redação do art. 302, na versão de maio/13, limitava a concessão de ofício às cautelares e a linguagem utilizada assemelhava-se à do art. 797, CPC/73, o que colocaria a nova disciplina “basicamente” nos mesmos termos da atual, nesse particular<sup>29</sup>. Nota-se, porém, que a pequena diferença redacional existente laborava em favor de uma interpretação mais ampla do poder de conceder cautela de ofício<sup>30</sup>. Surpreendentemente, todavia, na versão do Projeto aprovada em julho, objeto dos nossos comentários, a menção simplesmente desaparece. A nosso ver, trata-se de grave erro. É possível justificar-se a posição mais ampla em matéria de tutela antecipada de ofício, assim como há fortes argumentos para se defender a tese mais restritiva. O que não nos parece justificável é a omissão do legislador em assunto de tal importância, o que fatalmente irá gerar desnecessária discussão nos tribunais. Esperamos que a omissão seja suprida.

A responsabilidade objetiva pelos danos causados ao outro litigante em virtude da concessão da tutela urgente também mereceu tratamento específico no Projeto (art. 303). O CPC/73 trata da matéria no art. 811, especificamente para as cautelares, mas a doutrina tem estendido sua aplicação à tutela antecipada satisfativa. O tratamento no Projeto no art. 303, *caput* e § 1.º, é basicamente o mesmo da disciplina atual. A única referência às medidas urgentes satisfativas é feita no § 2.º, ao determinar que a “*responsabilização do requerente da tutela antecipada satisfativa observará o procedimento do cumprimento provisório de sentença*”. Parece-nos que o *caput* só se refere à tutela antecipada cautelar porque nem todas as hipóteses ali descritas seriam aplicáveis a ambas as espécies de tutela antecipada<sup>31</sup>. Teria sido melhor, a nosso ver, apresentar no artigo uma fórmula genérica, aplicável à tutela antecipada satisfativa e não-satisfativa, deixando as especificidades para os parágrafos. Assim, evitaria eventual dúvida quanto ao âmbito de aplicabilidade da responsabilidade do requerente da tutela antecipada satisfativa.

28. Atualmente, é admissível em casos excepcionais, como indica o art. 797/73, mas apenas para as cautelares (sendo vedado, fora do âmbito das cautelares pelos termos do art. 273, *caput*, CPC/73).

29. Mesmo se fosse mantida essa redação, isso não significa que a matéria estaria isenta de discussões. É só lembrar que hoje em dia, em se tratando de antecipação de tutela satisfativa, apesar dos termos da lei atual, há quem entenda que, excepcionalmente, o juiz pode concedê-la de ofício (p. ex., Cássio Scarpinella Bueno, *Tutela Antecipada*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33).

30. Apesar de a redação ser semelhante à do art. 797, CPC/73, o Projeto (versão de maio/13) introduzia a conjunção OU entre as expressões “*em casos excepcionais*” e “*expressamente autorizados por lei*”, acrescentando um grão de sal na discussão sobre a abrangência do poder de conceder cautela de ofício. Como se sabe, temos duas tendências opostas no particular. Galeno Lacerda admitia a cautela de ofício de forma mais ampla que Humberto Theodoro Jr., por exemplo. Galeno Lacerda defendia a cautelar de ofício como possível em se tratando de “*matérias de interesse indisponível, público ou de ordem pública, no direito de família, em relação ao menor abandonado, aos incapazes em geral...*” (Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro: Forense, 4.ª ed., 1992, vol. VIII, tomo I, p. 198). Humberto Theodoro Jr. só a admite em hipóteses expressamente previstas em lei (Curso de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro: Forense, 38.ª ed., 2005, vol. II, p. 419). Percebe-se nitidamente que Humberto Theodoro Jr. interpreta o art. 797, como apresentando condições cumulativas (excepcionais E previstas em lei). Em que pese ao fato de alguns autores como Alexandre Freitas Câmara (Lições de Direito Processual Civil, São Paulo, Atlas, 20.ª ed., 2013, p. 60) entenderem, mesmo à luz do CPC/73, que os requisitos são alternativos, a redação do art. 797 dá margem para interpretação restritiva. A redação do Projeto, na versão de maio/13, reforçava a tendência ampliativa.

31. Veja-se, por exemplo, o inciso II, que se refere à cautelar requerida em caráter antecedente (ver art. 308 do Projeto).

Outro dispositivo que merece destaque, por representar inovação em relação à disciplina atual, é o art. 304. Resumidamente, este artigo permite que, em face da urgência, se pleiteie na inicial apenas a tutela antecipada satisfativa, com simples indicação do pedido de tutela final e exposição sumária da lide. Concedida a tutela antecipada, caberia ao autor aditar a petição inicial, dando os complementos em termos de argumentação e documentos.

Creemos que esse artigo é fruto das discussões e da experiência prática adquirida em matéria de fungibilidade entre a chamada “tutela antecipada” e “tutela cautelar” (que, na denominação do Projeto, seriam, respectivamente, tutela antecipada satisfativa e tutela antecipada não-satisfativa, ou cautelar). Como é sabido, o § 7.º, do art. 273, CPC/73, permitiu expressamente que o juiz concedesse no bojo do processo de conhecimento a tutela cautelar pleiteada como se fosse tutela antecipada satisfativa. Muito se discutiu, e a divergência ainda persiste, se essa fungibilidade de tutelas admitiria o sentido inverso, isto é, a concessão de tutela antecipada satisfativa pleiteada no bojo de um processo cautelar. Sem nos determos, no momento, a respeito dos detalhes dessa interessante discussão, o fato é que essa admissão, do ponto de vista prático, implica, muitas vezes, a necessidade de se determinar emenda da petição inicial para a devida adaptação relativa ao pedido de tutela definitiva<sup>32</sup>.

A fórmula adotada pelo Projeto, em termos práticos, é muito semelhante a esse procedimento defendido por alguns doutrinadores e às vezes adotado por parte dos nossos julgadores. Observe-se que o Projeto fala que nessa petição se deverá fazer “*exposição sumária da lide*” e “*indicação do pedido de tutela final*”, o que assemelha essa peça, em termos práticos, a uma cautelar antecedente. O Projeto, facilitado pela premissa do regime único da tutela de urgência, acabou chancelando um procedimento que às vezes era adotado, mas o fez disciplinando os detalhes e afastando incertezas.

Complementando a disciplina da tutela antecipada satisfativa, requerida nos termos do art. 304 do Projeto, passa-se a regular a chamada “estabilização dos efeitos da tutela antecipada”. A ideia da estabilização já havia sido proposta antes, em termos mais amplos, conforme Projeto de Lei do Senado n.º 186/05, apresentado pelo Senador Antero Paes de Barros, a partir do trabalho da Comissão composta pelos Professores Ada Pellegrini Grinover, Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto Bedaque.

De fato, a mencionada Comissão, considerando certos fatores, entre eles a existência de ações de cognição sumária autônomas<sup>33</sup>, e a experiência italiana da estabilização

32. Eduardo Talamini, antes mesmo do advento do mencionado § 7.º, sugeria que, em caso de dúvida objetiva sobre qual a espécie de tutela a ser pleiteada ou em caso de extrema urgência, o magistrado deveria conceder a providência e “*depois, se necessário, providencia-se a correção procedimental*” (Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e Não Fazer, São Paulo: RT, 2001, p. 368). Mais recentemente, Sidnei Amendoeira Jr, tratando da medida satisfativa requerida no bojo de um processo cautelar, apresenta alternativas para a sua admissão, como a propositura posterior de uma ação principal, ao qual a “pseudo cautelar” ficaria jungida, ou a emenda da inicial para delimitação do pedido definitivo (Manual de Direito Processual Civil, São Paulo: Saraiva, 2.ª ed., 2012, p. 504).

33. Citando lição de Kazuo Watanabe a respeito.

dos provimentos de urgência<sup>34</sup>, propunha modificação na disciplina da antecipação da tutela no CPC de 73. Nessa proposta, modificava-se parcialmente o art. 273 e acrescentavam-se outros dispositivos em seguida, prevendo, entre outras coisas, a antecipação de tutela requerida em caráter antecedente. Nesse caso, preclusa a decisão que a tivesse concedido, facultava-se à parte propor demanda, em sessenta dias, para discutir o mérito da pretensão, sob pena de a tutela antecipada adquirir estabilidade de coisa julgada material. Mecanismo semelhante era previsto para a antecipação de tutela requerida incidentalmente.

Manifestamo-nos a respeito do Projeto de Lei 186/05 reconhecendo a sua relevância e efeitos benéficos, mas discordando da fórmula adotada para a estabilização, isto é, da atribuição de força de coisa julgada<sup>35</sup>. O Projeto não fala em força de coisa julgada, mas prevê que a medida não recorrida conservará seus efeitos enquanto não for revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida **na ação especificamente prevista** no art. 305, que terá de ser proposta no prazo máximo de dois anos<sup>36</sup>. A fórmula adotada no Projeto de Lei 8.046/10<sup>37</sup> era melhor. Falava expressamente que não fazia coisa julgada e a sua estabilidade só seria afastada por decisão que a revogasse, proferida **em ação promovida** por uma das partes<sup>38</sup>.

Finalmente, uma palavra sobre o desaparecimento das cautelares nominadas, com consequente ampliação do poder geral de cautela. A opção do legislador projetista dá margem a alguma polêmica e se presta a considerações. Vamos a elas.

De fato, a existência de cautelares típicas (ou nominadas) ao lado da previsão genérica do art. 798, CPC de 73, sujeita aos simples pressupostos do *fumus boni juris e periculum in mora*, tem sido objeto de muita discussão em doutrina. A questão pode ser bem resumida a partir das discussões a respeito da medida cautelar de arresto. Muitas críticas foram feitas com relação à disciplina jurídica do CPC de 73 nesse particular, que é taxada de retrógrada<sup>39</sup>. A regulamentação existente em matéria de arresto pode implicar injusta limitação à proteção de créditos. Isso é amenizado, em parte, pelo fato de que a doutrina de um modo geral entende que a enumeração das hipóteses de arresto (as “causae arresti” do art. 813, CPC de 73) é meramente exemplificativa<sup>40</sup>. Esse

34. Destacando, no particular, doutrina de Edoardo Ricci.

35. Cf. Antecipação de Tutela. Os Novos Caminhos do Devido Processo Legal, in Terceira Etapa da Reforma do Código de Processo Civil, estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado, organiz. Adriano Caldeira e Rodrigo Cunha Lima Freire, Salvador: Jvs Podivm, 2007, p. 67-87.

36. Como se sabe, o mesmo prazo da ação rescisória.

37. Art. 284, § 2.º do Projeto de Lei 8.046/10.

38. Não sujeitava, assim, a uma ação específica para revogação, podendo ser qualquer ação pertinente àquele conflito, cuja propositura estaria sujeita aos prazos comuns de prescrição.

39. Ovídio Baptista da Silva lamentava que o CPC de 73 tivesse repetido disposições do Regulamento 737 para tentar tipificar os casos de perigo de dano irreparável, autorizadores do arresto, além de sujeita-lo a exigências de liquidez e certeza do crédito (A Ação Cautelar Inominada no Direito Brasileiro, Rio de Janeiro: Forense, 3.ª ed., 1991, p. 239-240).

40. Veja-se, entre outros, Ovídio Baptista da Silva (Do Processo Cautelar, Rio de Janeiro: Forense, 3.ª ed., 2006, p. 256), Humberto Theodoro Jr. (Processo Cautelar, São Paulo: LEUD, 15.ª ed., 1994, p. 190), Galeno Lacerda e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro: Forense, 2.ª ed.,

entendimento também tem se refletido na jurisprudência<sup>41</sup>. Apenas em parte, porém, o problema fica mitigado. Isso porque os próprios requisitos previstos no art. 814, CPC de 73, particularmente a prova literal e a liquidez e a certeza da dívida, são muito limitativos<sup>42</sup>. Para obviar esse problema, parte da doutrina flexibiliza na interpretação dos requisitos ou admite que a segurança se proceda através de cautelar inominada<sup>43</sup>. Há quem entenda, porém, que, existindo cautelar típica, com requisitos próprios, não é possível a concessão de cautelar inominada para o mesmo efeito<sup>44</sup>. Nossos tribunais oscilam a respeito<sup>45</sup>.

Como se percebe, na situação atual há risco efetivo de perecimento do direito por conta da tipificação de certas cautelares. O Projeto, confessadamente, pretende resolver o problema deixando apenas a formulação genérica, dentro do poder geral de cautela<sup>46 47</sup>.

Sob esse aspecto, o Projeto apresenta nítida vantagem. Por outro lado, a ausência das cautelares típicas pode deixar muito vaga a apreciação dos elementos para a concessão de certas medidas. Isso poderia representar um risco em se tratando de cautelares que implicam maior gravame para o requerido (o próprio arresto seria um exemplo). Parece-nos que uma alternativa para essa situação seria manter algumas cautelares típicas, com a devida reformulação da sua disciplina<sup>48</sup>, além de deixar expresso que a

---

1991, vol. VIII, tomo II, .p. 7-8.), Victor A.A. Bomfim Marins (Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo: RT, 2.<sup>a</sup> ed., 2004, vol. 12, p. 192).

41. Nesse sentido, confira-se os julgados do STJ indicados em nota de rodapé 1b, ao art. 813, no Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, de Theotônio Negrão et alii, São Paulo: Saraiva, 44.<sup>a</sup> ed., 2012, p. 938).
42. Ovídio Baptista da Silva chegou a dizer que “as limitações impostas pela lei para concessão do arresto, inquestionavelmente a mais importante medida cautelar e a mais universalmente conhecida, fez com que essa proteção cautelar aos créditos de dinheiro desaparecesse, literalmente, dos repertórios de jurisprudência, ou, nas raras oportunidades em que os tribunais apreciam espécie dessa natureza, suas decisões não vão além de estereotipadas repetições do próprio texto legal, com base no qual, de resto, o embargo poderá facilmente ser denegado.” (A Ação Cautelar Inominada no Direito Brasileiro, Rio de Janeiro: Forense, 3.<sup>a</sup> ed., 1991, p. 241). Vigorosa crítica também faz Victor A.A. Bomfim Marins (Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo: RT, 2.<sup>a</sup> ed., 2004, vol. 12, p. 193/194).
43. Ovídio Baptista da Silva dizia que para superar a limitação a solução seria a utilização de uma medida cautelar genérica ou a admissão “... de uma modalidade especial de arresto para créditos ilíquidos e não literais, como base no art. 816...” (A Ação Cautelar Inominada no Direito Brasileiro, Rio de Janeiro: Forense, 3.<sup>a</sup> ed., 1991, p. 251). Vitor Bomfim Marins defende, no caso dos créditos ilíquidos, a concessão de arresto como “medida cautelar inominada” (Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo: RT, 2.<sup>a</sup> ed., 2004, vol. 12, p. 196).
44. Alexandre Freitas Câmara, Lições de Direito Processual Civil, São Paulo: Atlas, 20.<sup>a</sup> ed., 2013, vol. III, p. 53.
45. Veja-se, por exemplo, notas 4 e 6 ao art. 798, no Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, de Theotônio Negrão et alii, São Paulo: Saraiva, 44.<sup>a</sup> ed., 2012, p. 923-924.
46. Na justificativa da rejeição da Emenda 803/11, do Deputado Miro Teixeira, que pretendia reavivar as medidas cautelares típicas, faz-se, inclusive, menção às críticas de Ovídio Baptista e Galeno Lacerda aos requisitos do arresto e do sequestro no CPC vigente.
47. Observe-se que a referência, feita no § 3.º, do art. 301, do Projeto, a arresto, sequestro, etc. não muda em nada a opção do legislador projetista de abolir as cautelares nominadas (visto que não há regulamentação específica das medidas ali previstas).
48. Em outubro de 2006, Athos Gusmão Carneiro, na RePro 140/72 (“Tutela de Urgência. Medidas antecipatórias e cautelares. Esboço de reformulação legislativa”), apresentou esboço de reforma da tutela de urgência que reformulava a disciplina de cautelares típicas, atendendo às críticas doutrinárias e expurgando os anacronismos do arresto.

existência de uma cautelar típica não impede a concessão de uma atípica com o mesmo efeito. Naturalmente, quando assim fosse proceder, o magistrado deveria explicitar as peculiaridades do caso na motivação da decisão.

## 5. TUTELA ANTECIPADA DA EVIDÊNCIA

Uma das grandes novidades envolvendo a tutela urgente está na separação feita entre a tutela de urgência e a tutela de evidência. Não se trata de modalidade nova de tutela. Ela já existia no nosso sistema (art. 273, II e § 6.º, CPC 73). O Projeto, nesse campo inovou fundamentalmente no trato separado em relação à tutela de urgência e nas hipóteses de aplicação.

Antes, porém, é importante definir o que vem a ser tutela da evidência. A palavra evidente significa claro, patente, óbvio. A tutela da evidência do direito (ou do direito evidente) é, pois, a proteção especial (mais célere, antecipada em relação à final) que se outorga àquelas situações em que a probabilidade da parte requerente estar com a razão é muito alta<sup>49</sup>. Não é razoável que aquele que muito provavelmente tem razão tenha que suportar sozinho todo o ônus da demora do processo<sup>50</sup>.

Aliás, não é de hoje que prestigiosa doutrina italiana falava que a sumarização da cognição, própria da tutela jurisdicional diferenciada, pode ser justificada não apenas por razões de urgência (para evitar prejuízo irreparável), mas, também, pela falta de disposição da parte em impugnar ou para coibir o abuso do direito de defesa.<sup>51</sup> Não é por outro motivo que o nosso atual CPC já prevê antecipação satisfativa motivada pelo abuso do direito de defesa (art. 273, II) e, ainda, pela incontrovérsia parcial (art. 273, § 6.º).

A nova sistematização destacou a diferença de razões para a sumarização da cognição. A novidade, porém, não reside apenas nesse ponto. O Projeto aproveita uma das hipóteses já estabelecidas no CPC de 73, e acresce outras. A hipótese do atual inciso II do art. 273 passa a ser contemplada no inciso I do art. 306 do Projeto, com idêntico teor. A única diferença que se percebe não está na hipótese em si, mas no fato de o Projeto deixar claro que não pode ser concedida liminarmente (art. 306, parágrafo único). No mais, todo o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial elaborado a respeito do art. 273, II, CPC 73, afigura-se aplicável.

49. Luiz Fux, quem primeiro destacou essa modalidade de tutela na nossa doutrina, entende que a expressão direito evidente "vincula-se àquelas pretensões deduzidas em juízo nas quais o direito da parte revela-se evidente, tal como o direito líquido e certo que autoriza a concessão do *mandamus* ou o direito documentado do exequente". (Tutela da Segurança e Tutela da Evidência, p. 305). Prossegue o Ministro Fux dizendo que seriam situações em que ocorre "mais do que *fumus boni juris*, mas a probabilidade de certeza do direito alegado..." (idem, *ibidem*). Jorge W. Peyrano enxerga a evidência como "*fortíssima verosimilitud de que a le assiste razón al requerente em su planteo*" (Herramientas de Derecho Procesal, Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica, 2013, p. 189).

50. Esse é um ponto que vinha sendo muito destacado por Marinoni. Dizia ele que "se o processo deve continuar, não obstante a evidência de um direito, a falta de disposição de tutela antecipatória, evitando a postergação da satisfação desse direito, estaria em desacordo com a necessidade, cada vez mais premente, de tempestividade da tutela jurisdicional." (Tutela Antecipatória, Julgamento antecipado e Execução Imediata da Sentença, São Paulo: RT, 1997, p. 104)

51. Referimo-nos a Andrea Proto Pisani, no seu interessante artigo "Sulla Tutela Giurisdizionale Differenziata", in *Rivista di Diritto Processuale* 4, de 1979, p. 436-591, especialmente p. 58-59.

O Projeto não inclui, porém, entre as hipóteses de tutela antecipada da evidência, a atualmente compendiada no art. 273, § 6.º, CPC/73. A razão está no fato de que se optou por tratar a incontrovérsia parcial como hipótese de julgamento parcial do mérito. É o que se percebe do art. 363 do Projeto. À luz do atual Diploma Legal, já havia quem visse na antecipação de tutela satisfativa derivada da incontrovérsia parcial verdadeiro julgamento parcial do mérito<sup>52</sup>. Parece-nos, porém, que a inserção no artigo referente à antecipação de tutela não permitia tal extensão interpretativa<sup>53</sup>. Pelo Projeto, de qualquer modo, não resta dúvida de que a hipótese não será mais tratada como antecipação de tutela.

Por outro lado, o art. 306 do Projeto acrescenta mais duas hipóteses de tutela da evidência. A do inciso II exige que a matéria fática seja comprovável apenas documentalmente e a tese de direito tiver sido firmada em julgamento de casos repetitivos e em súmula vinculante. Não se pode deixar de notar, nessa hipótese, certo paralelismo com a improcedência liminar do art. 285-A do CPC/73. Tanto num caso como no outro, verifica-se a desnecessidade de dilação probatória e a obediência a entendimento jurisprudencial<sup>54</sup>. As diferenças, entretanto, são bastante perceptíveis. Imperativas exigências derivadas do princípio do contraditório impedem, naturalmente, que se empreste efeito de tutela definitiva à medida liminar concedida nos casos do art. 306 do Projeto. Quanto à hipótese do inciso III, trata-se da retomada de coisa depositada, conforme comprovado documentalmente, caso em que se prevê ordem de entrega do objeto, sob pena de incidência de multa.

## 6. CONCLUSÕES

Procuramos, nesse breve estudo, fazer uma reflexão sobre os pontos que nos pareceram mais importantes a respeito da disciplina da Tutela de Urgência e da Evidência que se pretende implantar. É claro que há outros tantos aspectos a serem debatidos, e, mesmo quanto aos expressamente aqui abordados, certamente há outras facetas a serem exploradas.

Esses apontamentos, porém, segundo cremos, são suficientes para identificar os novos contornos nesse campo da seara processual. Já tivemos oportunidade de revelar, ao longo desse artigo, nossa posição sobre algumas das mudanças. Genericamente falando, porém, qual seria a tônica da mudança projetada nessa área? De um modo geral, podemos perceber que o legislador projetista tende a dar maior liberdade para o julgador. Essa liberdade facilita ao magistrado atuar em prol da efetividade do processo,

---

52. Nesse sentido, veja-se Fredie Didier Jr., *Curso de Direito Processual Civil*, Salvador: Jvs Podivm, 2.ª ed., 2008, vol. 2, p. 657.

53. No mesmo sentido, Athos Gusmão Carneiro, *Da Antecipação de Tutela*, Rio de Janeiro: Forense, 3.ª ed., 2002, p. 60.

54. É certo que o art. 285-A, CPC/73, fala apenas em **decisões do mesmo juízo** em casos idênticos, mas o STJ, amparado em ampla doutrina, tem entendido que é necessário que tais decisões sejam conforme à jurisprudência do tribunal local e dos tribunais superiores (3.ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, 1.225.227-MS, v.u., j. 28.05.2013).

mas oferece riscos, conforme já indicado. O Projeto procura mitigar os riscos dando ênfase à necessidade de observância dos princípios constitucionais e processuais, destacando a motivação, a proporcionalidade, a razoabilidade etc. Embora seja louvável essa preocupação, ainda assim os riscos persistem. No nosso modo de ver, podem ser mitigados com algumas modificações no texto legal, sem comprometer o intuito de favorecer a efetividade do processo.

Independentemente desses ajustes no texto da lei, o fato é que a equilibrada compreensão do texto do Projeto, feita à luz da Constituição Federal, pode significar melhoria da prestação jurisdicional. Uma nova lei exige muita reflexão. Não apenas para elaborá-la, mas, também, para operá-la, dela extraindo suas virtudes. Fica aqui nossa modesta contribuição para o atingimento desse escopo.

São Paulo, agosto de 2013.



# (I) LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS: ANÁLISE DOS PRECEDENTES À BRASILEIRA E DO ACESSO À JUSTIÇA NO NOVO CPC

*CARLOS MARDEN CABRAL COUTINHO<sup>1</sup> E  
RAFAELA MARJORIE DE OLIVEIRA CATERINA<sup>2</sup>*

## 1. INTRODUÇÃO

Como se sabe não existe um único procedimento que seja ideal. E isto porque por maior que seja o avanço do direito processual em quase um século e meio (desde que Bülow propiciou o avanço inegável do processo como sendo uma ciência específica em 1868). Porém, ainda são inúmeros os desafios que se apresentam para o exercício pleno do acesso à jurisdição, de forma eficiente e legítima. Dentre tais desafios, um dos maiores certamente é aquele que diz respeito à capacidade do Poder Judiciário em desenvolver a sua função constitucionalmente estabelecida. Em regra, a questão da atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário tende a ser objeto de uma análise quantitativa, que põe em discussão uma série de números (referentes ao volume de processos julgados e à duração média do procedimento), sem contudo, que haja uma preocupação maior com a eficiência qualitativa dos provimentos judiciais.

É sob esta ótica que o Poder Judiciário tem sido avaliado e é sob esta perspectiva que se tem efetivado uma série de reformas nos procedimentos, com o objetivo primordial de conseguir que um maior número de casos seja julgado no menor lapso temporal possível. Deste modo, muitas têm sido as soluções buscadas para assegurar o incremento dessa alegada eficiência (quantitativa), que normalmente é conquistada através da simplificação dos procedimentos existentes, considerados excessivamente burocráticos. Contudo, dentre todas as soluções já testadas no direito processual civil, nos interessa aqui especificamente aquela que aposta na padronização das decisões judiciais.

- 
1. Procurador Federal. Especialista em Processo Civil e Mestre em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Doutorando em Direito Processual na PUC Minas. Professor do curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito do Centro de Ensino da Área Jurídica Federal – CEAJUFE. Email: carlosmardenc@hotmail.com
  2. Especialista em Processo pelo Instituto de Educação Continuada da PUCMINAS. Mestranda em Direito pela Universidade de Itaúna. Advogada. Professora Assistente de Direito Processual Civil no Prolabore Cursos Jurídicos. Email: rafaela.caterina@gmail.com

Pois, como temos visto nos últimos anos, estão havendo inúmeras reformas procedimentais (e até mesmo constitucionais!) que buscam uma maior eficiência quantitativa do Estado no exercício da função jurisdicional. Assim, esta se tornando cada vez mais recorrente, e o novo CPC é prova contundente disto, do emprego de técnicas que visam a utilização de decisões padrões no Brasil.

Ou seja, vem se criando mecanismos diversos (súmulas vinculantes, súmulas impeditivas de recurso, julgamento liminar improcedente, incidente de resolução de demandas repetitivas, dentre outras), por meio dos quais seja possível a aplicação de “*uma*” decisão judicial (decisões padrões) a futuros casos tidos como semelhantes.

Porem, não nos parece haver maiores preocupações quanto à eficiência qualitativa desses provimentos emanados pelo Judiciário. Ou seja, na medida em que os números se tornam mais positivos parecem-se esquecer, ou não se importarem com o efetivo acesso a jurisdição e a legitimidade dos provimentos, olvida-se então neste estudo uma breve análise quanto à adequação dos novos procedimentos ao modelo constitucional de processo.

Portanto, especificamente para este trabalho, interessa a questão da legitimidade da decisão judicial. A hipótese aventada é a de que, na tentativa de dar uma satisfação à ânsia da sociedade por celeridade, o legislador altera os procedimentos buscando uma eficiência numérica que não se traduz em um melhor desempenho da função jurisdicional. O resultado, desastroso, é exatamente o contrário: a padronização decisória, da forma como vem sendo aplicada no Brasil, acaba por comprometer a legitimidade das decisões judiciais em questão, na medida em que, ao vedar a rediscussão dos temas já analisados, impede a ampla argumentação das partes, relegando-lhes o papel de meras destinatárias, e não coautores<sup>3</sup>, da decisão proferida pelo Poder Judiciário.

Para desenvolver o raciocínio em questão, inicialmente será feita uma breve menção às duas grandes tradições jurídicas, para demonstrar as principais divergências destas, primordialmente onde ainda se podia dizer que havia tradições homogêneas, para então chegar-se à conclusão de que não mais se pode mais falar em tradições puramente homogêneas, ao menos no Brasil. De modo, que no Brasil parece estar havendo uma aproximação entre as tradições jurídicas, aproximação esta que se dá justamente em decorrência da importação de técnicas que visam à utilização de decisões padrões (“*precedentes*”) em nosso país. Demonstrando para tanto quais as principais técnicas contidas no Código de Processo Civil vigente, e as que serão mantidas e/ou adicionadas no Projeto de Lei nº 8.046/2010 “*o novo Código de Processo Civil*”.

Uma vez exposta a questão quanto à teoria dos precedentes, será feita uma abordagem quanto a questão da legitimidade das decisões judiciais, uma vez que os integrantes do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo. Para tanto, tomar-se-á por marco teórico a teoria do constitucionalismo discursivo de Robert Alexy (no ponto em que estabelece a diferença entre representação decisionista e representação argumentativa), destacando

---

3. Cf. THEODORO JUNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 168, fev./2009.

do como ela se relaciona com a teoria procedimental discursiva de Jürgen Habermas, notadamente naquilo em que diz respeito à democracia como a possibilidade de os sujeitos serem autores e destinatários das normas jurídicas.

Por fim, sob a luz da ideia de legitimidade argumentativa, será estabelecida uma proposta de teoria de precedentes que seja compatível com o modelo de processo consagrado pela Constituição Federal de 1988. A partir de tal definição, analisar-se-á o sistema de padronização de decisões atualmente vigente no direito processual civil pátrio (bem como as mudanças previstas no Projeto de Lei nº 8.046/10), com o objetivo de avaliar em que medida a sua adoção compromete o acesso à jurisdição, a ampla argumentação das partes e, por via de consequência, a legitimidade das decisões judiciais em questão.

Após a ultrapassagem destes pontos, se pretende concluir que, apesar de não ser inconstitucional em tese, a padronização de decisões, como atualmente praticada, tem afastado o procedimento civil do modelo constitucional de processo; tendo como consequência nefasta a limitação do acesso à jurisdição. Sendo que somente uma compreensão correta da questão da legitimidade do Poder Judiciário (e de suas decisões) poderá orientar os movimentos de reforma, tornando possível a confecção de uma teoria dos precedentes compatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Este trabalho é uma contribuição neste sentido.

## 2. CONSTRUÇÃO E APLICAÇÃO LEGÍTIMA DO PRECEDENTE NA TRADIÇÃO DO COMMON LAW

As tradições jurídicas do *civil law* e do *common law*<sup>4</sup> possuem origens um tanto quanto diferentes, o que corrobora para que as duas tradições tenham características bem distintas também. A primeira, de tradição romano-germânica, adveio a partir da revolução francesa, e foi adotada por países europeus, em sua maior parte, por outros diversos países e dentre estes, o Brasil. Sendo que em sua concepção inicial, o *civil law* era tido como um sistema inquisitorial, que empregava detalhada enumeração de lei, sendo os códigos as bases para resolução de possíveis disputas<sup>5</sup>.

Contrariamente o *common law*, originário da história e tradição inglesa, também foi aderido pelo sistema Norte Americano. Tido em sua concepção inicial como um sistema adversarial, que se desenvolveu a partir da doutrina dos precedentes.<sup>6</sup> De forma que os precedentes eram fixados com base em decisões judiciais pautadas nos costumes e na jurisprudência. Assim, desde o início havia, no referido sistema, um amplo âmbito de discricionariedade interpretativa dos juízes, pautada na tradição e respeito aos precedentes. E o resultado disto foi a formação de tradições jurídicas muito distintas.

---

4. DIDIER JR, Fredie; SARNO, Paula; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm. p. 382. 2010.

5. SELLERS, Mortimer N.S. The Doctrine of Precedent in the United States of America. *Published in modified form in American Journal of Comparative Law, Vol. 54, No.1, 2006* <<http://www.papers.ssrn.com>>

6. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. p. 37. 2010.

A premissa inicial quanto à origem das tradições jurídicas serem divergentes, prevalece. Porém, quanto a certas características iniciais de cada uma das tradições jurídicas, não mais se mantém, e isto, ao menos em alguns países. E o motivo é que há muito parece estar havendo uma mixagem ou uma aproximação entre as tradições jurídicas em vários ordenamentos jurídicos. Decorrente da importação de técnicas de uma tradição a outra, como exemplo claro disto, tem-se a elaboração e aplicação de precedentes nos países de tradição de *civil law*. Outro exemplo, seria a codificação adotada a partir de 1997 na Inglaterra, país de tradição do *common law*, dentre outros. O que leva Taruffo a afirmar que, na atualidade, a concepção de que há sistemas homogêneos, seria uma ficção jurídica<sup>7</sup>.

Neste ponto, importante destacar que uma das principais diferenças ao que tange as duas grandes tradições jurídicas, diz respeito exatamente à formação, à aplicação e, principalmente, à força que os precedentes possuem nos países de tradição de *common law*, onde há toda uma tradição histórica e institucional na formação e aplicação dos precedentes. De modo que os precedentes funcionam pelo uso de decisões pretéritas para julgar de modo equânime, futuros casos semelhantes, de tal modo que as decisões tomadas após longos debates e “esgotamento da temática”, são utilizadas no julgamento de casos futuros.

Portanto, de maneira breve, o precedente nesta tradição, possui: *a*) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e, *b*) a tese assentada na motivação (*ratio decidendi* – no direito inglês; ou *holding* – no direito Norte Americano) da decisão<sup>8</sup>.

Sendo que os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão (*ratio decidendi* ou *holding*), nada mais são do que a tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso em questão. Que é composta pela: *i*) indicação dos fatos relevantes da causa; *ii*) do raciocínio lógico-jurídico empregado naquela decisão; e por fim, *iii*) do juízo decisório.<sup>9</sup> Portanto, a essência do precedente constitui-se no fato de que o núcleo essencial de uma decisão, ou seja, a tese jurídica (*ratio decidendi* ou *holding*) servirá de parâmetro para futuros novos casos semelhantes.

De modo que as razões de decidir de um precedente, são encontráveis em sua *ratio decidendi* ou *holding*, ou seja, em sua fundamentação. Em verdade, extrai-se da *ratio decidendi*, uma regra geral que poderá ser aplicada a outros novos casos semelhantes que surjam<sup>10</sup>.

Assim, a tradição de aplicabilidade dos precedentes nos Estados Unidos, vista do modo como é, pela maioria dos juízes e advogados, tem o conceito de precedente como o reconhecimento de que as decisões judiciais têm força de lei, e por este mo-

7. TARUFFO, Michele. *Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil* (versión abreviada). Encontrada em: <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/8%ratar2.pdf>. p 1.

8. TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte de direito. São Paulo: Revista dos tribunais. p. 12. 2004.

9. DIDIER JR, Fredie; SARNO, Paula; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm. p. 381. 2010.

10. DIDIER JR, Fredie; SARNO, Paula; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm. p. 384. 2010.

tivo devem ser respeitadas. E isso não somente pelos litigantes em casos específicos, mas também pelo governo, pelo povo (jurisdicionados), advogados e (na maioria dos casos) pelas próprias cortes, devido à força do precedente (*arrangement*). Deste modo, os tribunais normalmente respeitam suas próprias linhas internas de autoridade. Sendo ainda que nos Estados Unidos o Tribunal de cada Estado tem uma hierarquia semelhante, culminando em um Tribunal Superior, cujos precedentes são seguidos pelos Tribunais subordinados<sup>11</sup>.

Portanto nesta tradição jurídica, o julgador não está obrigado a seguir o precedente se julgar que este não está adequado ao caso em julgamento, ou que há diferenças contudentes que demonstrem a inadequação. Casos em que se poderá fazer a distinção entre os casos (*distinguished*). Ou no caso em que o precedente já esteja superado, o julgador pode fundamentadamente fazer o *overruling*, que consiste na superação do precedente.

Quando ocorre a superação de um precedente (*overruling*), este perde sua força vinculativa e é substituído por outro que se mostra mais adequado. Mas para que isto ocorra, é necessário a demonstração fundamentada de argumentos que comprovem a necessidade de superação daquele precedente, por outro (*overruled*). O que pode ocorrer pelos fatos de que: *a*) o precedente está ultrapassado; *b*) o precedente se mostra incorreto; e, *c*) o precedente se mostra inexecutável a prática.<sup>12</sup>

Sendo que uma das características mais importantes do *common law* é, indiscutivelmente, o respeito ao precedente judicial, tido por eles como fonte de direito ao lado das leis e dos costumes<sup>13</sup>. Portanto, nos países de *common law*, até pela própria tradição jurídica que eles possuem, os precedentes são formados e aplicados com forte relevância, sendo atribuído a esses eficácia normativa<sup>14</sup>.

No sistema americano de precedentes, a essência do precedente reside na grande autoridade (*arrangement*) e hierarquia dos Tribunais. Os costumes de *common law*, as constituições estaduais e federais, e os decretos da legislatura estabelecem princípios amplos e regras gerais que são trabalhadas em detalhes pelos Tribunais, para decidir os casos concretos e as controvérsias trazidas pelos litigantes cujos interesses reais estão em jogo (*at stake*).<sup>15</sup> Nesta tradição, os juízes tentam decidir esses casos numa possibilidade mais limitada possível. O que torna mais fácil distinguir os casos subsequentes que podem requerer resultados diferentes.<sup>16</sup>

---

11. SELLERS, Mortimer N.S. *The Doctrine of Precedent in the United States of America. Published in modified form in American Journal of Comparative Law, Vol. 54, No.1, 2006.* Encontrado em: <http://www.papers.ssrn.com>.

12. DIDIER JR, Fredie; SARNO, Paula; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm. p. 396. 2010.

13. MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 35. 2010.

14. DIDIER JR, Fredie; SARNO, Paula; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm. p. 396. 2010.

15. SELLERS, Mortimer N.S. *The Doctrine of Precedent in the United States of America. Published in modified form in American Journal of Comparative Law, Vol. 54, No.1, 2006.* Encontrado em: <http://www.papers.ssrn.com>.

16. SELLERS, Mortimer N.S. *The Doctrine of Precedent in the United States of America. Published in modified form in American Journal of Comparative Law, Vol. 54, No.1, 2006.* Encontrado em: <http://www.papers.ssrn.com>.

Outra importante consideração refere-se à provável alegação de imutabilidade do direito, mas isto não ocorre, pois, o que não se admite são mudanças de entendimentos ao alvedrio do julgador, de forma isolada e não fundamentada. No entanto, mudanças úteis e que se enquadrem no caso de distinção (*distinguished*) ou de superação (*overruling*), são admitidas. Pois não se pretende através da adoção de precedentes neste sistema, a estatização ou imobilidade do direito, mas sim a segurança jurídica, previsibilidade e julgamentos equânimes.

A previsibilidade se refere à probabilidade de que casos semelhantes (mesma *ratio decidendi*) que surjam no futuro, sejam julgados da mesma forma<sup>17</sup>, evitando, deste modo, “decisões surpresa” ao jurisdicionado.

Quanto à estabilidade jurídica na tradição do *common law*, esta é inerente ao próprio Estado de Direito. E mais, a previsibilidade no sistema de *common law* é atingida através da prática de se obedecerem os precedentes (o respeito ao passado), o que leva a um comportamento dos cidadãos de conformar-se aos termos das decisões judiciais, e consequentemente ajustarem seu comportamento a estas decisões<sup>18</sup>. Há esgotamento da discussão, procede-se a análise do caso com integridade como diria Dworkin<sup>19</sup>. Neste sentido Dierle Nunes:

Dworkin defende que o juiz, ao decidir um caso, não o considere como um caso isolado, mas inserido em um todo (integridade), num processo construtivo a que o juiz dá continuidade. Isso não significa que o juiz tenha de repetir a mesma decisão passada quando está diante de um caso similar – mesmo sendo os EUA um país de historicamente de *common law* –, pois que o juiz, ao mesmo tempo em que aplica o direito é, também autor (porque acrescenta algo ao edifício jurídico) e crítico do (pois que interpreta o) passado.<sup>20</sup>

Sobre a equidade e a eficiência na tradição do *common law*, estas decorrem exatamente da consistência que os precedentes possuem<sup>21</sup>. Pois caso o julgador queira se desvincular ou modificar uma doutrina já existente, deve levar em conta todos os padrões importantes que se opõem ao abandono da doutrina estabelecida.

Como é possível observar nos países de tradição de *common law*, além da tradição histórica e institucional na elaboração e aplicação de precedentes, há toda uma teoria que visa que essa elaboração e aplicação se deem de modo legítimo. Há nítida

17. ABADINSKY, Howard. *Law and justice – an introduction to the American legal system*. 6th ed. Upper Sadle River. New Jersey. p. 15. 2006.

18. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Tereza. Súmulas vinculantes versus precedentes: notas para evitar alguns enganos. In: Revista de processo. Vol. 165. São Paulo. 2008.

19. DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. p. 87ss. 2007.

20. BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Tendências de padronização decisória no PLS nº 166/2010: o Brasil entre o *civil law* e o *common law* e os problemas na utilização do “marco zero interpretativo”. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. p. 86. 2010.

21. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. p. 60. 2010.

preocupação com a qualidade e a legitimidade decisória. E não tão somente com o alto índice de casos solucionados ainda que inadequadamente (de modo não legítimo).

Essas são, portanto, algumas das principais características da teoria dos precedentes vigente no sistema estadunidense. Como se pode perceber, são inúmeras as diferenças em relação ao sistema pátrio, sendo variadas as razões pelas quais não se deveriam chamar os julgados brasileiros de “precedentes”. Portanto, o presente trabalho apresenta uma crítica à forma como estão sendo empregadas técnicas que visam à utilização de *standards interpretativos* (decisões padrões) no Brasil e a inadequação da forma como isto está ocorrendo. Contudo, preliminarmente, é preciso enfrentar a questão do fundamento de legitimidade do Poder Judiciário conforme será demonstrado no tópico a seguir.

### **3. DECISÃO JUDICIAL E LEGITIMIDADE: UMA ANÁLISE DA REPRESENTATIVIDADE DO PODER JUDICIÁRIO**

Uma vez expostas as principais questões pertinentes à origem e às características do sistema de precedentes, cumpre investigar outra questão diretamente relacionada e de fundamental importância, qual seja aquela que diz respeito à legitimidade das decisões judiciais. Tal questão se apresenta, pois, ao contrário do que acontece no sistema de *common law*, o nosso Poder Judiciário não é composto por magistrados eleitos, mas sim por servidores públicos, cujo ingresso na carreira se dá a partir da aprovação em concurso de provas e títulos, conforme o artigo 93, I da Constituição Federal.

Não se trata aqui, portanto, de questionar a legalidade ou pertinência da forma de preenchimento dos cargos do Poder Judiciário (vez que a sua sistemática é estabelecida em nível constitucional), mas sim de indagar qual a fonte da legitimidade de suas decisões, na medida em que os magistrados não podem, pelo menos em sentido estrito (respeitante à eleição), ser considerados como representantes do povo. Sendo assim, se coloca a questão de até que ponto as decisões judiciais podem ser consideradas legítimas e democráticas. A resposta de tal questão deve afetar diretamente a forma como são percebidas as decisões judiciais, tendo implicações fundamentais na recepção da teoria dos precedentes.

Para analisar tal questão, é preciso recorrer inicialmente a Jürgen Habermas e à sua teoria da democracia como procedimento discursivo. Segundo o jurista alemão, a marca característica da democracia é a existência de um procedimento que permita a participação das pessoas, de maneira que cada uma possa expor os seus argumentos para uma discussão racional que acabará por privilegiar o melhor entre os argumentos expostos.<sup>22</sup> Para Habermas, portanto, o caráter democrático e a legitimidade de uma norma dependiam essencialmente do procedimento adotado, de maneira que estariam presentes se houvesse participação dos destinatários da decisão, sendo-lhes franqueada a possibilidade de se valer do discurso racional. Em suas próprias palavras:

---

22. HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia (entre facticidade e validade). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. p. 345. 2003.

Uma interpretação apoiada numa teoria do discurso insiste em afirmar que a formação democrática da vontade não tira sua força legitimadora da convergência preliminar de convicções éticas consuetudinárias, e sim de pressupostos comunicativos e procedimentos, os quais permitem que, durante o processo deliberativo, venham à tona os melhores argumentos<sup>23</sup>.

Em outras palavras, o que importa para que se possa falar em democracia é que exista um procedimento através do qual a participação dos interessados garanta que eles serão não apenas destinatários, mas também autores das normas. Fazendo uma transposição para o direito processual, uma decisão judicial somente poderia ser dita democrática (sem caráter autoritário) quando não fosse imposta pelo magistrado, mas sim resultante de uma construção *coparticipada* dos interessados no resultado do processo. A decisão judicial só é democrática quando os destinatários da norma também forem tratados como seus autores.

É a partir de tal paradigma que se faz possível analisar o constitucionalismo discursivo de Robert Alexy, que, neste trabalho, nos interessa especificamente no que diz respeito à legitimidade das decisões judiciais. Segundo este autor, a única possibilidade de conciliar jurisdição com democracia é compreendê-la também como sendo uma representação do povo. Tal raciocínio, leva à questão de como pode ser possível existir representatividade sem eleições. A solução, segundo Alexy, está no conceito de representatividade argumentativa<sup>24</sup>.

Para referido autor é possível se falar em dois tipos de representação: decisionista (ou volitiva) e argumentativa (ou discursiva). A primeira forma é caracterizada essencialmente pelas eleições, de maneira que os representantes do povo podem ser considerados como representantes de sua vontade, originalmente expressa nas urnas. Apesar da importância de tal representação, ela não é exaustiva e se completa pelo segundo tipo, que se faz necessário na medida em que o discurso passa a ser institucionalizado como forma de tomada de decisões, vez que a ideia de correção é tida como inerente ao conceito de democracia. É da união destes dois tipos de representação que se pode falar em democracia deliberativa<sup>25</sup>.

Como se pode ver do parágrafo anterior, o Poder Legislativo tem representação em ambos os níveis, na medida em que não apenas é eleito pelo povo, mas também toma as suas decisões de maneira deliberativa, fazendo do discurso uma forma de predomínio do melhor argumento. Quando se trata do Poder Judiciário, entretanto, a sua representatividade será puramente argumentativa, ou seja, não sendo eleitos pelo povo, os magistrados garantem a legitimidade de suas decisões na medida em que são capazes de se posicionar ao lado do melhor argumento racional dentre aqueles que os interessados trouxeram para a discussão<sup>26</sup>.

23. HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia (entre facticidade e validade). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. p. 345. 2003.

24. ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

25. ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

26. Idem.

Perceba-se que a ideia de Alexy é bastante simples: uma vez que não têm representatividade decorrente da eleição popular, o magistrado deve dar legitimidade à sua decisão através da escolha do melhor argumento racional disponível. Tal entendimento nos leva aos princípios integrantes do modelo constitucional de processo<sup>27</sup>, quais sejam contraditório, ampla defesa (argumentação), imparcialidade e fundamentação das decisões. De fato, para que se possa falar em melhor argumento, indispensável que o procedimento seja formatado de maneira a permitir que os interessados tenham ampla argumentação e contraditório, diante de um magistrado imparcial, comprometido com a fundamentação de suas decisões.

Robert Alexy também enfrenta a objeção que diz respeito ao controle constitucional das leis, uma vez que tal procedimento inclui a possibilidade de os magistrados suprimirem (total ou parcialmente) do ordenamento jurídico uma norma que foi devidamente aprovada pelos parlamentares. Tendo em vista que estes últimos têm não apenas representação argumentativa, mas também decisionista, seria possível se questionar sobre a legitimidade de tal controle. No entendimento do autor, entretanto, tal objeção é aparente, pois, na medida em que a discussão judicial se dá em torno de argumentos, nada impede que legitimamente prevaleçam os argumentos que justifiquem a exclusão da norma aprovada democraticamente.

Nas palavras do próprio autor:

Somente pessoas racionais estão capacitadas para aceitar um argumento por causa de sua correção e validade. Isso mostra que existem duas condições fundamentais de representação argumentativa autêntica: (1) a existência de argumentos válidos ou corretos e (2) a existência de pessoas racionais que são capazes e dispostas a aceitar argumentos válidos ou corretos porque eles são válidos ou corretos. Poderia denominar-se estas pessoas, com apoio no conceito de pessoa liberal de John Rawls, “pessoas constitucionais”. Jurisdição constitucional somente então pode ser exitosa quando estes argumentos, que são alegados pelo tribunal constitucional, são válidos e quando os membros, suficientemente muitos, da comunidade são capazes e dispostos a fazer uso de suas possibilidades racionais. Se estas condições estão cumpridas, a resposta à questão acima formulada (porque uma representação puramente argumentativa deve ter primazia diante de uma representação apoiada em eleições e reeleições?) não é mais difícil. O constitucionalismo discursivo, como um todo, é a tentativa da institucionalização de razão e correção. Se existem argumentos válidos ou corretos, do mesmo modo como pessoas racionais, então razão e correção serão institucionalizadas melhor com jurisdição constitucional do que sem ela.<sup>28</sup>

Segundo a teoria de Robert Alexy, portanto, a legitimidade das decisões judiciais decorre da sua representação argumentativa, assim entendida a capacidade de escolher o melhor argumento válido e racional dentre aqueles discutidos no processo. Note-se

27. ANDOLINA, Ítalo e VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G. Giappichelli, 1997.

28. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 165. 2007.

que vai haver uma convergência entre o pensamento do autor com a teoria de Jürgen Habermas, uma vez que a escolha do melhor argumento disponível vai fazer com que os interessados sejam destinatários, mas também autores das normas, na medida em que a solução emergiu da argumentação por eles protagonizada. Tudo isso, como é evidente, só será possível no contexto de um procedimento que esteja devidamente configurado conforme o modelo constitucional de processo.

De fato, para que seja possível a apresentação dos argumentos das partes, sua discussão e uma decisão racional (pressupostos de um processo democrático e de uma decisão legítima) é indispensável que o procedimento se dê com contraditório e ampla defesa (argumentação), que o magistrado seja imparcial na condução do procedimento e, especialmente, que haja uma decisão fundamentada, na qual será possível vislumbrar os motivos pelos quais determinado argumento prevaleceu. Em outras palavras, é preciso que o acesso à jurisdição seja um acesso ao processo dentro do modelo constitucionalmente definido, o que vai ter repercussão direta na maneira como deve ser entendido o fenômeno da padronização decisória.

#### 4. A (I)LEGITIMIDADE DAS DECISÕES PADRÕES NO BRASIL PELO ÓBICE DE ACESSO À JURISDIÇÃO

Passando agora ao direito pátrio, percebe-se que, apesar de o Brasil não ter qualquer tradição histórica e institucional na elaboração e aplicação de precedentes, está se tornando cada vez mais comum o emprego de técnicas que visam à utilização destes *standards interpretativos* ou decisões padrões no julgamento de futuros casos “semelhantes”. Cumpre analisar, então, a pertinência das técnicas adotadas pelo legislador, analisando até que ponto elas podem ser consideradas fontes democráticas de decisões judiciais legítimas. Pois são inúmeras as alterações promovidas no Código de Processo Civil atual, e presentes de modo ainda mais enfático no Projeto de Lei nº 8.046/10 (Novo Código de Processo Civil), tendo algumas técnicas sido introduzidas até mesmo por emenda constitucional.

Deste modo, como exemplo de técnicas que visam à utilização de decisões padrões ou *standards interpretativos* no atual Código de Processo Civil, pode-se elencar: *a)* A súmula vinculante<sup>29</sup> (artigo 103-A da CF/88)<sup>30</sup>; *b)* A rejeição liminar da demanda (artigo 285-A do atual Código de Processo Civil); *c)* O incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 476 do Código de Processo Civil); *d)* A afetação de julgamento a

29. Súmula vinculante, é o instrumento usado pelo Superior Tribunal Federal que, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprova enunciado sumular com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, em todos os âmbitos (artigo 103-A Constituição Federal de 1988). Sendo o objeto de aplicação das sumulas vinculantes: *i)* impedir os recursos sobre a matéria já sumulada; *ii)* fixar orientação ao ser obrigatoriamente seguida pelo poder judiciário e pela Administração Pública. E mais, o objetivo em tese das sumulas, decorre da superação de controvérsia atual sobre a validade, interpretação e eficácia de norma capaz de gerar insegurança jurídica e alto índice de demandas sobre a mesma matéria.

30. Introduzida pela Emenda Constitucional 45/2004.

órgão colegiado indicado no regimento interno do tribunal (artigo 555 parágrafo 1º do Código de Processo Civil); e) O julgamento por pinçamento dos recursos especiais e extraordinários (artigos 543-B e 543-C do Código de Processo Civil); f) A súmula impeditiva de recurso (artigo 518 do Código de Processo Civil); dentre outras<sup>31</sup>.

Indo além, passando agora a análise dos mecanismos que visam o emprego de decisões padrões no Projeto de Lei nº 8.046/2010, já aprovado na Câmara dos Deputados<sup>32</sup> e que em breve provavelmente será o “Novo Código de Processo Civil”, nos resta ainda mais claro esta tendência de importação de técnicas advindas de outra tradição jurídica (*common law*) e também de outros ordenamentos jurídicos, que visam à utilização de decisões padrões ou *standards interpretativos* no julgamento de futuros casos “semelhantes”<sup>33</sup>. Assim como a contundente vinculação destes padrões interpretativos a decisões ao Superior Tribunal Federal, ao Superior Tribunal de Justiça, bem como a jurisprudência dominante e as súmulas vinculantes.

Como exemplo de tais técnicas, que visam à utilização de decisões padrões, contidas no Projeto de Lei 8.046/2010 (O novo Código de Processo Civil)<sup>34</sup> tem-se: a) A dispensabilidade da remessa necessária quando a decisão estiver fundada em sumula do Superior Tribunal de Justiça ou do Superior Tribunal Federal; ou em acórdão do Superior Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos; ou ainda em entendimento formado em incidente de demandas repetitivas ou de assunção de competência (artigo 507 § 3º, inciso I, II, III e IV); b) A uniformização da jurisprudência (artigo 520; 959); c) O julgamento de casos repetitivos (artigo 520 a 522); d) A negação do provimento a recurso que contrarie sumula do Superior Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal prolator da decisão; ou que seja contrário a decisão tomada no incidente de resolução de demandas repetitivas, ou a acórdão do Superior Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça no julgamento de casos repetitivos; e) O reconhecimento publico de assunção de competência (artigo 945); f) O incidente de demandas repetitivas<sup>35</sup> (artigos 988

---

31. Todas essas técnicas presentes no CPC vigente (Lei 5.869/1973).

32. O Projeto de Lei 8.046 (“*novo Código de Processo Civil*”) foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 16/07/2013, e pretende a revogação do atual CPC (Lei 5.869/1973).

33. Essas decisões padrões ou esses *standards interpretativos*, seriam formados, a partir da “análise” de casos semelhantes (mesma *ratio decidendi*), sob os quais o Tribunal formaria teses. E essas teses seriam aplicadas a futuros casos com a mesma tese, que por conseguinte, teriam o mesmo julgamento que foi apontado no caso paradigma.

34. Projeto de Lei 8.046/2010 – “Novo CPC” – Substitutivo aprovado na Comissão Especial da Câmara dos Deputados em 16/07/13. Encontrado em: <http://pt.scribd.com/doc/154717941/NOVO-CPC-Substitutivo-aprovado-na-Comissao-Especial-da-Camara-dos-Deputados-em-16-07-13-Com-destaques-aprovados>; Acessado em: 20 de Julho de 2013.

35. Como exemplo o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 988 do Projeto de Lei 8.046/2010) “copiado” do modelo alemão (*Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*), que é no modelo alemão a “lei instituidora do procedimento modelo para mercados capitais”. Surgida naquele país de realidade completamente distinta da nossa, e diante de um problema financeiro decorrente da aplicação na bolsa de valores que em certo lapso temporal decorreu em um alto numero de demandas propostas pelo mesmo motivo. E que no PL 8.046/2010 consiste na identificação de processos ainda no primeiro grau de jurisdição, que contenham a mesma questão de direito, para decisão conjunta. Cf. RODRIGUES, Baltazar José Vasconcelos. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: especificação de fundamentos teóricos e práticos e análise comparativa entre as**

ao 1.000); *g*) A improcedência liminar do pedido (artigo 333); *h*) O julgamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos (artigo 1049 e seguintes) dentre outros.<sup>36</sup> Nota-se que no Projeto de Lei 8.046/2010 (O Novo CPC), essas técnicas que visam à utilização de decisões padrões no julgamento de futuros casos “semelhantes” é notoriamente expandida.

E mais, diante dos dispositivos acima citados, é possível fazer outra importante reflexão quanto ao Projeto de Lei 8.046/2010, a que diz respeito à força dada a jurisprudência, que é colocada com força normativa<sup>37</sup>. Sem que exista para tanto qualquer teoria, tradição institucional ou dogmática adequada para que isto ocorra de forma legítima.

De tal forma que o que se objetiva neste breve estudo, é tão somente num primeiro momento provocar uma reflexão quanto à necessidade de se debater a respeito da questão do uso indiscriminado desses “julgados”, tidos como decisões padrões, denominados como precedentes, no julgamento de novos outros casos “semelhantes” da forma como vem acontecendo no Brasil<sup>38</sup>.

“Julgados” esses, que não rara às vezes são mencionados pelos nossos tribunais com a denominação “precedente”, denominação esta adotada inclusive pelo Novo CPC. Mas que como visto no decorrer deste estudo, não nos parece ser a forma mais adequada. É isto porque não há qualquer semelhança na forma como os julgados brasileiros são formados e aplicados com a formação e aplicação dos precedentes na tradição do *common law*. Bem como não há qualquer tradição histórica e institucional na elaboração e aplicação dos precedentes no Brasil.

Deste modo, por não haver no Brasil qualquer tradição na elaboração e aplicação de precedentes, tal como ocorre nos países de tradição de *common law* estadunidense (em que esses são formados após longos debates, em que há análise detalhada de inúmeros casos, em que há, para além disto, toda uma teoria de elaboração e aplicação dos precedentes, bem como há toda uma tradição institucional voltada à elaboração e

---

**regras previstas no projeto do novo código de processo civil e o kapitalanleger-musterverfahrensgesetz do direito alemão.** Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VIII. Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. Encontrada em: [www.redp.com.br](http://www.redp.com.br). Acessada em: 12 de maio de 2013.

36. Projeto de Lei 8.046/2010 – “Novo CPC” – Substitutivo aprovado na Comissão Especial da Câmara dos Deputados em 16/07/13. Encontrado em: <http://pt.scribd.com/doc/154717941/NOVO-CPC-Substitutivo-aprovado-na-Comissao-Especial-da-Camara-dos-Deputados-em-16-07-13-Com-destaques-aprovados>; Acessado em: 20 de Julho de 2013.
37. Expressão usada por Fredie Diddier Jr. em palestra proferida nº 4º Constituição e Processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos. Ocorrida no dia 29 de setembro de 2011.
38. Os tribunais brasileiros vêm julgando teses e formando “precedentes” sobre estas, e o pior, aplicando ao julgamento de novos casos iguais e semelhantes, o que foi decidido no caso paradigma. E o problema é justamente este, ou seja, como a formação dos julgados vem ocorrendo, sem a análise e o debate necessários, sem que haja no Brasil qualquer tradição histórica e cultural de formação de precedentes. Desse modo, esses “*julgados paradigmas*” são formados de forma destemida e por certo ponto até mesmo irresponsável, não havendo um entendimento pacificado respeito de uma questão e, conseqüentemente, casos “iguais” são julgados de forma diferentes. E, mesmo quando um Tribunal pacifica um entendimento, instâncias inferiores e juízes singulares proferem julgados em séries contrários a esse entendimento.

aplicação desses padrões decisórios), é que a adoção de tais mecanismos requer maior análise e cuidado.

Para que isto não gere, e não se torne como já mencionado, uma solução de conflitos pernicioso, que vise tão somente eficiência quantitativa (alta profusão numérica de julgados), deixando-se de lado a eficiência qualitativa<sup>39</sup>, onde as decisões devem ser adequadas e por conseguinte legítimas.

No mais, não é admissível e nem razoável, em se tratando de modelo constitucional de processo e Estado Democrático de Direito, conceber que uma decisão seja tão somente eficiente no plano *quantitativo*. Não é possível admitir que tenhamos técnicas que visem tão somente o desafogamento dos tribunais mediante alta profusão numérica de julgados, e sem que persistam maiores preocupações com a qualidade e a legitimidade das decisões proferidas.

Sendo ainda, que uma decisão somente é legítima, quando se permite na cognição, a efetiva participação das partes em contraditório, influenciando na formação do provimento final. Onde seja garantida a ampla defesa, a isonomia, o devido processo legal, e as decisões sejam devidamente fundamentadas, que se prime pela segurança jurídica e por decisões democraticamente legítimas. Pois o lapso procedimental célere, mas que para tanto gere insegurança, não é compatível com a atual conjuntura do modelo constitucional do processo. A celeridade não pode se dar a qualquer custo, e em detrimento da segurança jurídica e dos princípios balizadores do devido processo constitucional.

Sendo ainda, que a estabilidade é pressuposto para que haja uniformidade. Portanto, a adoção de técnicas que visem à aplicação de decisões padrões necessariamente pressupõe que exista estabilidade decisória. O que de fato não ocorre no Brasil, onde a divergência jurisprudencial é estrondosa. E para que um sistema de precedentes possa ser considerado idôneo, há que se perquirir e alcançar a estabilização. Pois não é possível que casos “semelhantes” sejam julgados de maneira desigual e nem que casos “meramente semelhantes” (que possuam características próprias que requerem análise detalhada) sejam julgados de forma igual, mecanicamente sem possibilitar as partes mecanismos de distinção e superação do precedente paradigma, que não se mostra adequado por especificidades do caso em julgamento.

Deste modo, não se pretende por este estudo defender de modo categórico a aplicação de decisões padrões no Brasil, ou do mesmo modo, a extirpação total de tais técnicas do ordenamento jurídico. Mas sim, em um primeiro momento, propor uma reflexão acerca do modo como tais técnicas estão sendo importadas de outra tradição jurídica, de outros ordenamentos jurídicos, de realidades completamente diversas da realidade brasileira, não é adequado modelo constitucional de processo. Sendo que da forma como esses padrões decisórios estão sendo formados e aplicados, podem não passar de um modo ilegítimo de solução numérica de casos (eficiência quantitativa), o que é inadmissível no atual paradigma de Estado.

---

39. TARUFFO, Michele. *Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil* (versión abreviada). Encontrada em: [http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/8\\*ratar2.pdf](http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/8*ratar2.pdf). p 1.

Portanto, é preciso que sejam criados instrumentos para solução da tutela diferenciada. Que sejam criados meios legítimos de afastamento do julgador, quando necessários, destas decisões padrões, para que deste modo o juiz de primeiro grau não se torne um mero indexador de decisões padrões. Mas que também o julgador não se desvie de entendimento pacificado apenas por convicção pessoal, de forma isolada e sem a devida fundamentação.

Portanto, é necessário que se proceda a pesquisas sérias neste tocante. Primeiro, que sejam realizados estudos acerca das virtudes e falhas do sistema. E segundo, e após análise destes estudos, que se avalie a possibilidade de aplicação de decisões padrões em nosso país. E caso seja positivo esta viabilidade, que se crie uma teoria consistente dos “precedentes” no Brasil, uma dogmática adequada ao tratamento da litigiosidade de massa<sup>40</sup>.

Teoria que seja compatível com a realidade do país a que se aplica, que tenha mecanismos de superação e distinção de casos. De modo, que o julgador convença as partes da adequada aplicabilidade de certo precedente, e não que as partes sejam obrigadas a acatarem o precedente impelido de maneira impositiva e autoritária a elas, sem que existam mecanismos eficientes de distinção e superação de casos. Sem que haja adequada fundamentação do motivo pelo qual aquele precedente se aplica ao caso em questão. Para que deste modo se tenha previsibilidade jurisprudencial, e por conseguinte segurança jurídica.

## 5. CONCLUSÃO

O momento vivido pelo direito processual brasileiro é de desconforto, mudanças e desafios. Desconforto porque o Poder Judiciário enfrenta uma crise de legitimidade, na medida em que a população não apenas desconfia de suas decisões, mas também de sua capacidade de oferecer respostas em tempo hábil. Mudanças porque a escolha do legislador foi a de oferecer respostas através de sucessivas alterações dos estatutos processuais, tendo por clímax a reforma total dos códigos, aprovada Câmara dos Deputados. Desafios porque o objetivo a atingir não poder ser somente a satisfação do anseio social, mas também a oferta de procedimentos constitucionais.

Até o momento, é possível dizer que o desafio não vem sendo vencido e que não há perspectiva de que isso aconteça em curto prazo. Em uma visão instrumentalista, o legislador imagina técnicas que sejam capazes de proporcionar uma rápida solução do litígio, sem que sejam capazes de assegurar a efetividade dos princípios constitucionais pertinentes (contraditório, ampla defesa, imparcialidade, fundamentação das decisões etc.). Como tentou-se demonstrar neste trabalho, não compreender que os princípios referentes ao processo formam uma base uníssona gera necessariamente distanciamento entre o procedimento e o modelo constitucional de processo.

---

40. BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Tendências de padronização decisória no PLS nº 166/2010: o Brasil entre o *civil law* e o *common law* e os problemas na utilização do “marco zero interpretativo”. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. p. 77. 2010.

De fato, longe de ser uma questão teórica, essa constatação tem efeitos práticos sensíveis, na medida em que as reformas podem ter o efeito contrário ao esperado, ou seja, a tentativa de dar credibilidade ao Poder Judiciário pode acabar por comprometer a sua legitimidade. Isto acontece porque os magistrados não são eleitos, não gozando, portanto, de representatividade volitiva. Resta-lhes, então, uma representatividade argumentativa, que atribui legitimidade às suas decisões na medida em que elas são capazes de estar afinadas com o melhor argumento, dentre aqueles trazidos a juízo pelos interessados.

Sendo assim, a padronização decisória, da forma como importada para o direito processual pátrio, tem um viés negativo. E isto porque não existe uma teoria dos precedentes no direito brasileiro, assim, as decisões acabam por não se revestir da legitimidade natural, na medida em que não convencem os juristas de que o melhor argumento foi o escolhido. Mais ainda, o sistema parece não se preocupar com a possibilidade do surgimento de futuros argumentos melhores, o que resulta num fechamento do sistema, fazendo com que mesmo as decisões aparentemente acertadas corram o risco de ver a sua legitimidade comprometida pelo avanço do entendimento doutrinário (e hermenêutico).

Não se ignoram aqui as dificuldades de uma atividade jurisdicional satisfatória, assim como se tem plena ciência da tentação que representam todas as técnicas de simplificação procedimental, dado o impacto imediato que elas geram sobre a duração do procedimento, e por conseguinte na redução significativa de processos pendentes de julgamento. Entre tais técnicas, se inclui a que visam à utilização de decisões padrões, adotadas em muitos países e com possibilidade de adoção (em abstrato), também no direito processual brasileiro. Para tanto, é necessário um compromisso sério com o direito fundamental de acesso à justiça, reconhecendo que a Constituição Federal garante não apenas um direito ao processo, mas a um processo configurado nos termos do modelo constitucional.

Essa constatação leva à conclusão de que a introdução de decisões padrões no direito processual brasileiro exige uma série de cuidados. Em primeiro lugar, é preciso conhecer a origem e as características da teoria dos precedentes no *common law*, para possibilitar uma correta adaptação do modelo. Em segundo lugar, é preciso que a configuração de qualquer procedimento tenha sempre em vista a compatibilidade com o modelo constitucional de processo. Por fim, a adoção de decisões padrões (precedentes) deve sempre prever a abertura do sistema, de maneira a reconhecer que o acesso à justiça não pode sofrer restrições de ordem prática, sendo direito fundamental dos interessados o de ouvir o pronunciamento sobre qualquer novo argumento.

Somente a partir da compreensão da teoria estadunidense dos precedentes e de sua compatibilização com o modelo constitucional de processo vigente no Brasil é que se pode almejar uma introdução do sistema que visa à utilização de decisões padrões ou *standards interpretativos* sem que haja ofensa ao direito de acesso à jurisdição. Tal direito fundamental tem que ser visto como irrestrito, sendo inadmissível a sua flexibilização em nome de uma suposta eficiência quantitativa do Poder Judiciário, pois os

procedimentos devem estar adequados aos princípios constitucionais e não o inverso. O processo democrático tem um preço e é preciso que toda a sociedade esteja disposta a pagá-lo, sob pena de, iludida por uma suposta facilidade, se conformar com um mero arremedo do que lhe garante a Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

- ABADINSKY, Howard. *Law and justice – an introduction to the American legal system*. 6th ed. Upper Sadle River. New Jersey. 2006.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.
- ANDOLINA, Ítalo e VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G. Giappichelli. 1997.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Tereza. Súmulas vinculantes versus precedentes: notas para evitar alguns enganos. In: **Revista de processo**. Vol. 165. São Paulo. 2008.
- BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Tendências de padronização decisória no PLS nº 166/2010: o Brasil entre o civil law e o common law e os problemas na utilização do “marco zero interpretativo”. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org.). **Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum. 2010.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas a partir da Constituição. In: CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira e MACHADO, Felipe Daniel Amorim (coordenadores). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey. 2009.
- DIDIER JR, Fredie; SARNO, Paula; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm. 2010.
- DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2010.
- FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller. 2006.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide editora. 2001.
- GERHARDT, Michael J. *The Power of precedent*. Oxford university press. 2008. New York.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O tratamento dos processos repetitivos. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. (Org.). **Processo civil: novas tendências: homenagem a Humberto Theodoro Junior**. Belo Horizonte: Del Rey. 2008.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia (entre facticidade e validade)**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.
- HONDIUS, Ewoud. *Precedent and law*. *Precedent and the Law*, vol. 11.3 Electronic Journal of Comparative Law, (December 2007), <<http://www.ejcl.org/113/article113-3.pdf>>. Acesso em 18 de janeiro de 2011.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Precedente como fonte de direito**. Encontrado em: [http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rlp\\_RODOLFO\\_MANCUSO.pdf](http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rlp_RODOLFO_MANCUSO.pdf). Acessado em: 04 de maio de 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.
- NOVO CPC – Substitutivo aprovado na Comissão Especial da Câmara dos Deputados em 16/07/13. Encontrado em: <http://pt.scribd.com/doc/154717941/NOVO-CPC-Substitutivo-aprovado-na-Comissao-Especial-da-Camara-dos-Deputados-em-16-07-13-Com-destaques-aprovados>; Acessado em: 20 de Julho de 2013.

- NUNES, Dierle. O Brasil entre o civil law e o common law: A tendência de padronização decisória (uso de precedentes) – iter mínimo para sua aplicação. **Revista eletrônica Italiana Diritto & diritti**. Encontrado em: <http://www.diritto.it/docs/31927-o-brasil-entre-o-civil-law-e-o-common-law-a-tendencia-de-padroniza-o-decis-ria-uso-de-precedentes-iter-m-nimo-para-sua-aplica-o?page=1#>. Acessado em 07 de julho de 2012.
- RODRIGUES, Baltazar José Vasconcelos. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: especificação de fundamentos teóricos e práticos e análise comparativa entre as regras previstas no projeto do novo código de processo civil e o kapitalanleger-musterverfahrensgesetz do direito alemão**. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume VIII. Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. Encontrada em: [www.redp.com.br](http://www.redp.com.br). Acessada em: 12 de maio de 2013.
- ROSSONI, Igor Bimkowski. O incidente de resolução de demanda repetitivas” e a introdução do group litigation no direito brasileiro: avanço ou retrocesso?. Encontrado em: [http://usp-br.academia.edu/IgorRossoni/Papers/217685/O\\_incidente\\_de\\_resolucao\\_de\\_demanda\\_repetitivas\\_e\\_a\\_introducao\\_do\\_group\\_litigation\\_no\\_direito\\_brasileiro\\_avanco\\_ou\\_retrocesso](http://usp-br.academia.edu/IgorRossoni/Papers/217685/O_incidente_de_resolucao_de_demanda_repetitivas_e_a_introducao_do_group_litigation_no_direito_brasileiro_avanco_ou_retrocesso). Acessado em: 22 de Junho de 2013.
- SELLERS, Mortimer N.S. *The Doctrine of Precedent in the United States of America. Published in modified form in American Journal of Comparative Law, Vol. 54, No.1, 2006*. Encontrado em: <http://www.papers.ssrn.com>. Acessado em 20 de maio de 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. **O Fahrenheit Sumular do Brasil: O Controle Panóptico da Justiça**. Encontrado em: <http://leniostreck.com.br/index.php>. Acessado em: 17 de junho de 2013.
- TARUFFO, Michele. *Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil* (versión abreviada). Encontrada em: [http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/8°ratar2.pdf](http://www.uv.es coloquio/coloquio/ponencias/8°ratar2.pdf). p 1. Acessada em: 12 de junho de 2013.
- TARUFFO, Michele. Icebergs do *common law* e *civil law*? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. In: **Revista de Processo**. ano 35. nº 181. março 2010. coordenadora Tereza Arruda Alvim Wambier. Ed. RT.
- 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: RT, vol. 189, nov./2010.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v. 168, fev./2009.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte de direito. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. 2004.



# A MEDIAÇÃO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: SOLUÇÃO PARA A CRISE DO JUDICIÁRIO?

DELTON RICARDO SOARES MEIRELLES<sup>1</sup> E  
GISELLE PICORELLI YACOB MARQUES<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

Uma das preocupações centrais no Projeto de futuro Código de Processo Civil é atender às expectativas de concretização de direitos pelo Judiciário, de forma célere e segura. Para tanto, desde o início dos trabalhos pela comissão de juristas até os debates parlamentares, houve a incorporação e aperfeiçoamento de institutos voltados para maximizar a eficiência jurisdicional<sup>3</sup>.

A busca pela eficiência pode ser um método adequado ao contencioso de massa, em que soluções padronizadas e racionalização do procedimento contribuiriam para o problema da administração de milhares de demandas idênticas. Entretanto, conflitos mais sensíveis e distintos demandam procedimentos artesanais e julgamentos humanizados, cuja maior maturação constituiria barreira para uma rotina fordista de sentenças por atacado – realidade cartorária brasileira causada, principalmente, pelas exigências (muitas vezes estatísticas) pós-CNJ.

Daí surge o problema de se estender diversos institutos e práticas processuais, modificados para contemplar a eficiência administrativa e a eliminação sumária de processos. Paralelamente, reformas legislativas e administrativas voltadas à efetividade podem ser extremamente interessantes, na medida em que garantem uma solução mais justa e num tempo razoável para as expectativas dos que provocam Judiciário.

Neste sentido, o presente artigo busca contextualizar a introdução da mediação no procedimento comum ordinário. Em que medida isto sinalizaria uma alternativa à heterocomposição jurisdicional, permitindo-se incidentalmente a desconstrução de

- 
1. Coordenador de graduação e professor adjunto do Departamento de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense (SPP/UFF) e do corpo permanente do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD/UFF). Coordenador do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais (LAFEP/UFF). Doutor em Direito (UERJ).
  2. Doutoranda e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito – PPGSD/UFF. Pesquisadora do LAFEP/UFF. Professora auxiliar do departamento de Direito Privado da Universidade Federal Fluminense.
  3. Esta preocupação não é recente, constituindo inclusive objeto de análise da *Escola da Efetividade* ou *Instrumentalidade* (no Brasil podem ser citados autores como CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO e JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE). E numa realidade em que o econômico prevalece sobre o social, este problema se torna mais claro na judicialização dos conflitos. Daí a importância de se distinguir bem efetividade (satisfação prática de um direito lesado ou ameaçado) de eficiência (atendimento a uma política administrativa, integrada a um plano de reforma das instituições judiciárias).

conflitos e o maior diálogo entre as partes, transformando-se a situação adversarial em ato de cooperação; ou, por outro lado, se se insere no plano maior de maximização da eficiência jurisdicional, evitando-se os custos e a demora inerentes ao contraditório pleno do processo judicial.

## 1. MEDIAÇÃO: UMA PROPOSTA DE ABORDAGEM ADEQUADA DOS CONFLITOS

O conflito de interesses é tema corrente no direito processual, desde que Francesco Carnelutti formula sua concepção de lide como elemento principal do processo. Ainda que esta tese não seja suficiente para a compreensão do fenômeno processual, indiscutivelmente a administração dos conflitos é uma tarefa fundamental para o Direito e as instituições do Sistema de Justiça. Especialmente em países como o nosso, em que a centralização judiciária permeia historicamente nossa cultura jurídica<sup>4</sup>, sem falar na naturalização da cultura da sentença<sup>5</sup>. E em um cenário de crise da representatividade estatal, como se observou nos movimentos populares de junho de 2013, questiona-se o papel do Estado como único regulador da vida em sociedade ou, ao menos, quem seria legítimo para decidir em seu nome.

Neste sentido, fortalece a idéia da mediação como método alternativo para a composição de conflitos, cada vez mais complexos e distantes da burocratizada jurisdição estatal<sup>6</sup>, e que permitiria o maior empoderamento e emancipação das pessoas envolvidas<sup>7</sup>. Ressalte-se que não se trata de radicalmente suprimir o Judiciário, e sim permitir um sistema multiportas<sup>8</sup> de acesso à Justiça, em que se admite a mediação por ser mais adequada<sup>9</sup> a certas questões conflituosas<sup>10</sup>.

- 
4. MEIRELLES, Delton R. S. “Poder central x justiça comunitária: observações sobre o sistema português e sua aplicação no mundo lusófono”.
  5. WATANABE, Kazuo. *A mentalidade e os meios de solução de conflitos no Brasil*, p. 07.
  6. GHISLENI, Ana Carolina e SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos a partir do Direito Fraterno*.
  7. “O grande desafio é resgatar, perante a sociedade, a autocompreensão dos cidadãos acerca da possibilidade que estes trazem em si de resolver seus próprios conflitos, sem necessitar de alguém que, de forma coercitiva e ostensiva, diga a eles o que é o direito, o que é o justo, o que é que eles devem crer ou esperar, o que eles querem para si próprios” (HANSEN, Gilvan Luiz. *A resolução de conflitos no Estado Democrático de Direito: uma perspectiva Habermasiana*, p.115).
  8. O termo sistema multiportas foi cunhado por Frank Sander (Multi-door Courthouse), para designar a possibilidade de oferta e escolha de diferentes métodos de resolução de conflitos integrados ao Judiciário (ALMEIDA, Tânia. *Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas*, p.94). Insta salientar que tal termo, apesar de, originariamente, ser utilizado ao se tratar de métodos judiciais, entendemos perfeitamente possível a utilização de uma interpretação mais ampla, permitindo o uso também ao tratarmos de métodos extrajudiciais de resolução de conflitos por permitir o acesso à Justiça como efetivação de direitos.
  9. Existe divergência quanto à nomenclatura mais apropriada, sendo utilizado “meios alternativos de resolução de controvérsias”, “métodos alternativos”, mais recentemente “meios adequados de solução de conflitos”, e “métodos consensuais de resolução de conflitos”, conforme o nome do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Resolução de Conflitos – NUPEMEC, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Neste mesmo sentido, o Núcleo de Práticas Sensíveis na Resolução de Conflitos do CAJUFF – Centro de Assistência Judiciária da Universidade Federal Fluminense, no qual os métodos de solução de conflitos são aplicados de acordo com a particularidade de cada caso.
  10. É o que ocorre no âmbito administrativo, como se observa na Lei nº 9.427/96 que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica e a Portaria nº 349/97 do Ministério de Minas e Energia estabelecem ações de competência da Superintendência de Mediação Administrativa Setorial – SMA/ANEEL para dirimir divergências entre os agentes do setor elétrico; existindo, inclusive, norma de organização da ANEEL (001), aprovada pela Resolução

Mediação, conciliação e arbitragem<sup>11</sup> são consideradas a tríade básica de tais meios alternativos<sup>12</sup>. São consideradas como tais pela possibilidade de ocorrerem de forma extrajudicial, ou seja, fora do arcabouço estatal<sup>13</sup>. Cada qual possui características e finalidade próprias, de forma a melhor se adequar à natureza de cada litígio, ampliando a probabilidade de efetividade.

Dentre tais meios alternativos, a mediação tem se destacado como instrumento de gerenciamento de conflitos, pois objetiva o reconhecimento do litígio, sem negá-lo, e, a partir desta premissa, o desenvolver de um procedimento que poderá gerar uma solução e consequente dissolução do litígio. Vale destacar que tal consenso será idealizado e construído pelas partes envolvidas, através da comunicação e do diálogo esclarecido, com o auxílio de um terceiro imparcial – o mediador.

A mediação, assim, objetiva esvaziar a litigiosidade, compreender o conflito mediante o estímulo ao diálogo e restabelecer a comunicação perdida entre as partes, permitindo “o aperfeiçoamento das relações, a superação de conflitos e a garantia de continuidade da sociedade humana”<sup>14</sup>. O desfecho dar-se-á por meio da cooperação entre as partes e não por qualquer tipo de imposição: consequentemente, o acordo é uma consequência do atendimento a estes objetivos, diferenciando-se consideravelmente dos propósitos da conciliação, presente nas reformas processuais brasileiras há vinte anos<sup>15</sup>.

Assim, apesar de estar no rol dos chamados meios alternativos de solução de conflitos, a mediação possui finalidade que vai além da “solução” do conflito: não busca somente resolver o litígio, e sim transformá-lo, de forma participativa, sem a obriga-

---

Normativa ANEEL nº 273/07, dispondo sobre os procedimentos. Por outro lado, o exemplo argentino, com a implementação da mediação obrigatória prévia nas ações judiciais – o Decreto 91/98, tanto por órgãos públicos como por entidades privadas certificadas oficialmente.

11. A arbitragem, regulada pela Lei nº 9.307/96, possui lógica similar ao processo judicial, mas sem a intervenção do Estado, mantendo o caráter adversarial do procedimento, pois as partes apresentam sua demanda a um terceiro, anteriormente por aquelas indicado, tendo este poder para apresentar uma decisão com força de título executivo judicial, conforme artigo 475-N, IV do atual Código de Processo Civil.
12. Em comum, possuem a presença de um terceiro: a) na arbitragem atua como árbitro, decidindo de forma técnica diante de dados apresentados pelas partes; b) na conciliação atua como um negociador, buscando ativamente um acordo decorrente de concessões feitas por ambas as partes; e c) na mediação atua como um facilitador do restabelecimento da comunicação, em linhas gerais.
13. Leia-se “*controle estatal*”. Contudo, o que se verifica na prática é a utilização e a apropriação de tais meios pelo Poder Judiciário, uma vez que a conciliação, atualmente, tem sua prática totalmente vinculada aos Juizados Especiais, Estaduais ou Federais, e as audiências conciliatórias do processo judicial ordinário. Ademais, a mediação também parece seguir este caminho, pois a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça e o projeto do Novo Código de Processo Civil tratam deste instrumento de forma já institucionalizada pelo Poder Judiciário, o que na prática também já vem ocorrendo, haja vista o exemplo do Núcleo de Mediação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.
14. HANSEN, Gilvan Luiz. *A resolução de conflitos no Estado Democrático de Direito: uma perspectiva Habermasiana*, p. 102.
15. “*Coerente com a proposta de obter acordos entre as partes, a conciliação privilegia a pauta objetiva – a matéria, a substância – que o conflito entre elas produziu. As questões que tenham tutela jurídica e as propostas materiais são foco de especial atenção na conciliação, contexto que estimula as partes a terem, também, nestes temas o objeto de sua atenção, ao aderirem ao instrumento*” (ALMEIDA, Tânia. *Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas*, p.98).

toriedade de uma solução final, restaurando a convivência pacífica entre as pessoas. Busca-se a compreensão e o restabelecimento do equilíbrio social através do diálogo, comunicação e ganhos mútuos.<sup>16</sup>

A mediação deve ser sempre uma opção voluntariamente escolhida, permitindo aos envolvidos a liberdade na adesão ao procedimento, sendo este mais um fator de empoderamento. Ademais, a mediação deve ser regida, invariavelmente, pelo princípio da confidencialidade, ou seja, o amadurecer daquele procedimento permanece sob sigilo, sendo vedada a utilização e divulgação de qualquer informação decorrente do tema mediado. Este sigilo permite a abordagem do conflito real, gerando confiança e credibilidade entre as partes.

Outrossim, a mediação tem aplicação quando diante dos seguintes elementos: pessoas em desacordo, uma contraposição de interesses e um terceiro imparcial capacitado para atuar como mediador. As partes são elementos ativos no procedimento da mediação, devendo estar comprometidas com o diálogo e cooperação, funcionando como co-autores de uma possível solução. Podem ser pessoas físicas ou jurídicas, acompanhadas ou não por advogados, sempre que desejar<sup>17</sup>.

O conflito de interesses – o dissenso – é elemento central na mediação<sup>18</sup>. É através da aceitação e conhecimento de tal conflito que as partes poderão construir uma so-

- 
16. Seguindo este argumento, afirma a psicóloga Denise Maria Perissini da Silva que *“do mesmo modo que a Mediação não é recurso para se chegar obrigatoriamente a um acordo, também não é um método de resolução de conflitos. A Psicanálise, que sempre preconizou que o conflito é inerente à dinâmica do desenvolvimento humano, fundamenta que os conflitos devem ser transformados e elaborados para possibilitar que o ser humano encontre formas mais satisfatórias de interagir com o mundo”*. Citando Barbosa, Almeida e Nazareth, aduz que *“a Mediação não é algo que chega a um resultado a partir de um conflito; do mesmo modo, utilizar a Mediação como meio de se chegar a acordos é confundir sua lógica com a conciliação. A Mediação busca ampliar a consciência do conflito, dos direitos e deveres, e de permitir a confrontação e organização do relacionamento interpessoal das pessoas envolvidas e de cada indivíduo em separado”* (*Mediação e Guarda Compartilhada: conquistas para a família*, p. 43 e 47).
17. No caso de menores, estes devem estar regularmente assistidos pelos seus responsáveis, sendo a mediação excelente método para abordagem de delitos envolvendo adolescentes, gerando a necessária reflexão perante atos infracionais. Neste sentido vale destacar o interessante Projeto de Mediação da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Guarulhos – São Paulo que busca utilizar a mediação perante conflitos envolvendo adolescentes no âmbito familiar e diante de atos infracionais. Disponível em [http://www.mpdf.gov.br/portal/pdf/ unidades/promotorias/pdij/XXICongressoNacional\\_ABMP/9%20Experi%C3%Aancia%20Projeto%20de%20Media%C3%A7%C3%A3o%20-%20SP-G8.pdf](http://www.mpdf.gov.br/portal/pdf/ unidades/promotorias/pdij/XXICongressoNacional_ABMP/9%20Experi%C3%Aancia%20Projeto%20de%20Media%C3%A7%C3%A3o%20-%20SP-G8.pdf).
18. Fazendo um paralelo com os ensinamentos de Jürgen Habermas é possível entender como a mediação e seu processo se estruturam: as partes envolvidas são os autores do acordo, sendo este resultante de uma comunicação aberta, esclarecida e com o assentimento dos participantes, de forma racional e fundada na responsabilidade. Por tudo isso, se torna legítimo e conscientemente aceitável pelos interessados. Nas palavras de Habermas: *“São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais. (...) Eu entendo por ‘normas de ação’ expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente. Para mim, ‘atingido’ é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis consequências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através das normas. E ‘discurso racional’ é toda a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias. Indiretamente a expressão refere-se também a negociações, na medida em que estas são reguladas através de procedimentos fundamentados discursivamente”* (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, p.142).

lução de ganhos mútuos, desatando os estorvos existentes naquela relação social. Não se trata de processo terapêutico ou acompanhamento psicológico<sup>19</sup>, mas de prática de desconstrução do conflito através do diálogo.

O mediador, escolhido pelas partes, funciona como interventor, esclarecendo dúvidas e informando sobre o procedimento. Deve agir imparcialmente<sup>20</sup>, auxiliando no conter das emoções, formação e desenvolvimento do diálogo, restaurando a comunicação. Assiste às partes, sem nunca interferir substancialmente nas propostas<sup>21</sup>, mas pode e deve conduzi-las ao caminho do aperfeiçoamento da relação, aproximando as pessoas intersubjetivamente através de uma conversa aberta e flexível, possibilitando soluções criativas, com ganhos mútuos, buscando sempre o máximo de benéficos para as partes envolvidas. Além da capacitação técnica, outra característica importante do mediador é deter a confiança das partes, estando estas seguras para dialogarem de forma aberta, ampliando o campo de cognição sobre aquela disputa.

A atuação do mediador deve ser pautada por técnicas próprias do instituto e baseada numa formação multidisciplinar, assim como a própria natureza da mediação<sup>22</sup>. Qualquer pessoa pode desenvolver as habilidades necessárias para mediar. Porém, é de extrema relevância destacar que o mediador precisa estar atento quando da sua conduta para evitar que uma possível formação original (seja esta na seara jurídica, psicológica, assistencial ou outra qualquer) não venha a se sobrepor a sua real função junto às partes, que é de facilitador do diálogo.

- 
19. Expressões utilizadas por Humberto Dalla B. de Pinho (*Mediação: A redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos*, p.110) e Jean-François Six: “o mediador não tem que se imiscuir nos arcanos psicologizantes; o mediador e o psicólogo têm funções diferentes”(*Dinâmica da mediação*, p.67).
  20. A respeito da posição do mediador, a imparcialidade é de extrema importância, pois permite que se aproxime das partes, sem influenciar em suas decisões. A atenção do mediador diante de sua própria subjetividade deve ser rigorosa, evitando qualquer tipo de direcionamento: “O mediador precisa estar pronto para acreditar na solução de um conflito, por mais difícil que ele lhe pareça no primeiro momento. Além disso, ele deve ser capaz de distinguir suas percepções intuitivas sobre cada um dos mediandos, porque isto pode, muitas vezes, definir a condução de seu posicionamento. Obviamente não estou dizendo que as questões técnicas devam ser desprezadas; estou apenas dizendo que somos mais do que apenas (sic) profissionais habilitados pelos canudos limitados. Somos seres humanos repletos de subjetividade e até de transcendência”, (LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo; FAGUNDES, Rosane Maria Vaz; PINTO, Vânia Maria Vaz Leite. *Manual de Mediação: teoria e prática*, p.49).
  21. Conforme Maria Nazareth Serpa, a mediação é um “processo onde e através do qual uma terceira pessoa age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma disputa sem prescrever qual a solução. Um de seus aspectos-chave é que incorpora o uso de um terceiro que não tem nenhum interesse pessoal no mérito das questões. Sem essa intervenção neutra, as partes são incapazes de engajar uma discussão proveitosa. O terceiro interventor serve, em parte, de árbitro para assegurar que o processo prossiga efetivamente sem degenerar em barganhas posicionais ou advocacia associada” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral da Mediação*, p.243).
  22. “Por ser um tema transdisciplinar – perpassando o Direito, a Psicologia, a Antropologia, a Filosofia e a Sociologia –, a mediação apregoa que o olhar de análise para os desentendimentos deva ser multidisciplinar (...). Dessa forma, convida os mediadores a atuarem regidos por uma lente multifocal que viabilize reconhecer e articular os diversos fatores – sociais, emocionais, legais, financeiros, entre outros – que compoñham as desavenças” (ALMEIDA, Tânia. *Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas*, p.97).

## 2. A MEDIAÇÃO NO CENÁRIO DE REFORMAS PROCESSUAIS

Deve-se às investigações coordenadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth o reconhecimento de que os meios alternativos de resolução de controvérsias, presentes especialmente na realidade dos países centrais na segunda metade do século passado (seja pela tradição cultural norte-americana ou pelas políticas públicas socialdemocráticas europeias de então), constituem movimento de Acesso à Justiça.

Com a globalização e, principalmente, pela reconfiguração econômica mundial nos anos 1990<sup>23</sup>, o tema dos meios alternativos ganha força como política de enxugamento da máquina estatal<sup>24</sup>, tendo como principal diretriz o Relatório nº 319/1996 do Banco Mundial, em cujo texto há recomendação expressa aos países latino-americanos para que reconheçam e estimulem formas extrajudiciais de composição dos conflitos. Neste sentido, sucessivas reformas legislativas e ações administrativas estiveram presentes neste continente<sup>25</sup>.

No Brasil, a despeito da política neoliberal de redução do Estado nos anos 1990, as tentativas de se estimular composições extrajudiciais nas questões trabalhistas (Lei nº 9.958/2000 – Comissões de Conciliação Prévia), bem como revigorar a Arbitragem por meio da Lei nº 9307/96, não foram capazes de abalar o absoluto predomínio da jurisdição estatal, por duas razões fundamentais.

Em primeiro lugar, a política de ampliação do acesso ao Judiciário brasileiro<sup>26</sup> que inclui reconhecimento de novos direitos, estabelecimento de um sistema de Juizados Especiais (Leis nº 9099/95, 10259/01 e 10253/09) e o alargamento da assistência jurídica (fortalecimento das Defensorias Públicas, principalmente com a Emenda Constitucional nº 45/04; expansão das Faculdades de Direito e conseqüente aumento dos Núcleos de Prática Jurídica, obrigatórios conforme regulamentado pela Portaria MEC nº 1886/94 e pela Resolução CES-CNE nº 9/04; crescimento da advocacia popular, patrocinada ou não pelos movimentos sociais etc.).

Por outro lado, as propostas legislativas de enxugamento do Judiciário esbarraram na resistência dos magistrados, como se observa no processo legislativo preliminar das Emendas Constitucionais nº 24 e 45, e/ou na falta de vontade política para a aprovação de projetos de lei. É o caso específico das tentativas infrutíferas de se regulamentar a

- 
23. Sobre o tema do impacto das reformas econômicas no direito processual e nas instituições judiciárias, ver Dierle José Coelho Nunes (*Processo jurisdicional democrático: uma análise das reformas processuais*, pp. 141-274). Para sistemas centrais, como o inglês, ver Neil Andrews (“Mediation in England: organic growth and stately progress”).
  24. Conforme as críticas de Dierle Nunes e Ludmila Teixeira (*Conciliação deve se preocupar com a qualidade dos acordos*) e Delton R. S. Meirelles (*Meios Alternativos de Resolução de Conflitos: justiça coexistencial ou eficiência administrativa?*).
  25. Entre outros, ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La mediación y el acceso a justicia*; TORRES, Jaime David Abanto. *La Conciliación Extrajudicial y la Conciliación Judicial. Un puente de oro entre los MARC's y la Justicia Ordinaria*.
  26. O aumento exponencial dos processos judiciais é demonstrado por diversas pesquisas como *Justiça em Números*, referente aos dados sistematizados pelo CNJ nesta década (<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros>).

mediação extrajudicial, pela Câmara (PL nº 4.827/98 e 4891/2005) e pelo Senado (PLS nº 517/2011). Ainda que, mais recentemente, tenha sido formada uma comissão para elaborar um novo Projeto de Lei sobre Mediação e Arbitragem (presidida pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luis Felipe Salomão), o que se percebe é a grande dificuldade de se estabelecer um marco normativo. Assim, a mediação mantém quase que marginalizada e dependente de iniciativas esporádicas, como por setores dos movimentos sociais, ações administrativas do Ministério da Justiça ou secretarias equivalentes nos Estados, e em Núcleos de Prática Jurídica nas faculdades de Direito.

Indiscutivelmente um grande benefício gerado pela mediação, ao lado da recomposição do equilíbrio social, é a sua utilização antes mesmo do conflito se tornar judicial, alcançando assim uma maior eficácia através de um procedimento extrajudicial, sem a presença institucionalizadora do Estado<sup>27</sup>. Porém, ainda que não haja regulamentação específica no atual Código de Processo Civil, é possível que haja procedimento de mediação durante o curso do processo judicial, por meio da atuação do próprio juiz (art. 331 e 447 do CPC), ou sobrestado o feito (art. artigo 265, inciso II, c/c § 3º do CPC), para uma tentativa de consenso através de mediador capacitado<sup>28</sup>.

Assim, de um lado partes e advogados, por iniciativa do juiz ou conforme seus interesses, formalizam a mediação incidentalmente no processo judicial, objetivando maior segurança jurídica no acordo, formalizado como título executivo judicial. Por outro lado, nota-se a apropriação da mediação pelo Poder Judiciário, especialmente em núcleos dentro dos Tribunais de Justiça, sendo tema de regramento pelo projeto do Novo Código de Processo Civil e pela Resolução 125 do CNJ<sup>29</sup>.

O perigo existente na mediação judicial (prioritária à extrajudicial) está na possibilidade do engessamento do instituto, na burocratização do conflito, fazendo da mediação mais uma etapa procedimental a ser cumprida dentro do caminho processual, esvaziando a mediação do seu sentido real e sua finalidade primeira. Ademais, tendo em vista diversos fatores (acirramento da disputa diante da cultura litigiosa, o temor

---

27. Importante reflexão nos propõe Gilvan Hansen quando, ao abordar o tema das vias judiciais de resolução de conflitos, afirma que *“quanto à harmonia coletiva que foi rompida quando a relação social, de algum modo, foi abalada pela frustração de expectativas recíprocas, pelo descumprimento de promessas, pela ruptura da confiança e da credibilidade, pela mágoa, etc., esta nem sequer é foco da resolução do conflito. Esvazia-se e perde-se, pois, o sentido dos instrumentos de resolução de conflitos que brotaram do mundo da vida, ao engessá-los e burocratizá-los, os converteu em mais um dentre outros ferramentais de operação do Estado em sua função jurisdicional”* (A resolução de conflitos no Estado Democrático de Direito: uma perspectiva Habermasiana, p. 110).

28. Neste ponto, entendemos como uma forma de minorar os efeitos negativos de uma mediação judicial a realização da mediação em espaço apropriado, destinado exclusivamente à mediação e fora do espaço físico do Poder Judiciário, do Fórum propriamente dito, possuindo o Núcleo independência física, procedimental e administrativa.

29. Institui a Resolução 125 do CNJ a “Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses”, incumbindo aos órgãos judiciários, “além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação”. Desta forma, é possível verificar que a mediação esta sendo judicializada, estando sob o pálio do Poder Judiciário a implementação de tal meio. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>.

derivado do poder simbólico do Judiciário<sup>30</sup>, infantilização das partes com a retirada da responsabilidade na tomada de decisão etc.), a mediação judicial poderá restar viciada, não atingindo seu potencial de emancipação e resgate da cidadania por estar adstrita ao âmbito do Judiciário e todo seu arcabouço adversarial.

Destarte, a melhor opção ainda é a mediação extrajudicial e pré-processual, antes mesmo de qualquer provocação da máquina judicial, evitando a institucionalização e burocratização do conflito, desgaste e despesa que este tipo de demanda costuma gerar, para as partes, para a própria sociedade e para o Estado<sup>31</sup>.

Além disso, muito importante gizar que a mediação não tem, em nenhum momento, a finalidade de “*desafogar*” o Poder Judiciário, nem se apresenta como solução única e plena para todos os problemas enfrentados pelos Tribunais. Sua principal finalidade é o reconhecimento e análise do litígio, promovendo o diálogo entre as partes e em decorrência deste a construção de um consenso, como fruto da ação comunicativa auxiliada pelo mediador e legitimado pelos mediados durante todo o procedimento. Tal instrumento acarreta, sem dúvida um “*desafogar*” do Judiciário, mas não como objetivo primeiro, e sim como simples consequência, pois o conflito real existente entre as partes foi dissolvido, não restando a litigiosidade incontida que poderia, em futuro próximo, gerar mais um processo judicial.

Entretanto, ao se mirar o Projeto de Código de Processo Civil percebe-se a inserção da mediação como método de composição dos conflitos judicializados, seguindo o discurso de ser uma forma de se resolver o problema da administração da Justiça. Ainda que não seja inédita a previsão de uma alternativa à jurisdição estatal no procedimento judicial, como se observa no atual Código nos casos de arbitragem (arts. 86; 267, VII; 301, IX; 475-N, IV; 475-P, III; 520, VI; 575, IV – sem mencionar o procedimento arbitral do art. 1702 e seguintes, revogado pela Lei nº 9307/96) e conciliação (especialmente com as modificações introduzidas pela Lei nº 8952/94 nos arts. 125, IV; 331 e 447/449); o fato de a mediação ser incluída no texto desde o Anteprojeto da Comissão de Juristas permite algumas reflexões mais amplas.

Deve-se contextualizar, portanto, a mediação no Projeto de Código de Processo Civil no cenário de reformas processuais e judiciárias dos últimos vinte anos, para que se verifique em que medida há efetivamente uma proposta de ampliação do acesso à Justiça, com estímulo à autocomposição e empoderamento das partes, democratizando-se o procedimento e legitimando a atuação jurisdicional.

---

30. Sobre a necessidade de se reduzir as barreiras culturais na busca de um processo socialmente efetivo e o poder existente na figura do Judiciário, afirma Barbosa Moreira: “*todos sabemos que o cidadão comum não se sente à vontade nos recintos tradicionais em que se exerce a função jurisdicional: tudo aí se lhe afigura estranho, misterioso, e não é de admirar que lhe inspire mais desconfiança e temor do que tranquilidade. Menor dose de solenidade e formalismo contribuirá para suavizar o desconforto do ingresso em juízo*” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Por um Processo Socialmente Efetivo*, p.66).

31. Vale a ressalva: não consideramos o Estado, em nenhum momento, como destinatário e possível beneficiário direto da mediação, tendo esta finalidade emancipatória do cidadão. Os possíveis resultados positivos da mediação para o Estado deveriam ser decorrentes do resgate da autonomia das partes envolvidas e não a diminuição dos processos e demandas diante do Judiciário.

### 3. MEDIAÇÃO NO PROJETO DO NOVO CPC

Na busca pelo regramento do instituto da mediação no Brasil, algumas propostas normativas<sup>32</sup> encontram-se em tramitação em nossas casas legislativas, especialmente a do Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei do Senado nº 166/2010 e o Projeto de Lei da Câmara nº 8046/2010) e o específico Projeto de Lei do Senado nº 517/2011<sup>33</sup>.

O futuro Código de Processo Civil, na redação aprovada pela Comissão Especial da Câmara, pela primeira vez dispõe sobre a mediação, juntamente com o tema conciliação, na mesma Seção VI do Capítulo III – “Dos Auxiliares Da Justiça”, entre os artigos 166 e 176, bem como em casos específicos, como nas ações de família (art. 708 e seguintes) e ações possessórias (art. 579). Segundo o relatório do Deputado Paulo Teixeira, de maio de 2013

regula-se a atuação dos mediadores e conciliadores como auxiliares da Justiça, estabelecendo-se, ainda, os princípios que regem a mediação e a conciliação. Para a formação dos conciliadores e mediadores, levou-se em conta a necessidade de serem observados os parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na Resolução n.º 125.

#### 3.1 Mediação versus conciliação

Ainda que se trate de importante avanço a incorporação da mediação no Código de Processo Civil, a primeira crítica é a reunião de dois institutos aparentemente análogos, porém com características bem peculiares<sup>34</sup>.

Determina o projeto, no art. 166, a criação, pelos Tribunais, dos Centros Judiciários de solução consensual de conflitos, os quais serão responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, além de auxílio, orientação e estímulo à autocomposição.

Art. 166. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

32. Importante citar o PL nº 94/2002 (com origem no PL nº 4827/98) da Deputada Zulaiê Cobra que visava institucionalizar e disciplinar a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos.

33. O PLS nº 517, de autoria do Senador Ricardo Ferraço, em tramitação perante a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, pretende instituir e disciplinar o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos, conforme sua ementa. O projeto de lei possui 26 artigos, dentre os quais tratando da mediação judicial e da mediação extrajudicial, das possibilidades do uso da mediação de conflitos em quaisquer matérias em que a lei não proíba as partes de negociar. Define, ainda, a mediação como “um processo decisório conduzido por terceiro imparcial, com o objetivo de auxiliar as partes a identificar ou desenvolver soluções consensuais”, estabelecendo os princípios básicos do processo de mediação e as atribuições do mediador.

34. Apesar da dificuldade prática encontrada na diferenciação dos institutos a diferenciação teórica é possível e deve ser alimentada, permitindo o desenvolver do método da mediação, na prática, de forma autônoma e independente. O tratamento que o legislador concedeu à mediação e conciliação é de extremo perigo, pois facilita a contaminação do primeiro por todos os vícios existentes no segundo. Corremos o sério risco de perdemos um método eficaz, mas ainda novo em nosso ordenamento, por ter sido erroneamente classificado. A mediação, conforme é apresentada no projeto esta ameaçada, podendo ser desvirtuada e acabar caindo na mesma “vala” em que se encontra a conciliação.

§ 1.º A composição e a organização do centro serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

Tal disposição vai ao encontro da política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário desenvolvida pelo CNJ por meio da Resolução 125 (com a redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13), que dispõe

Art. 8º Para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazendários, os Tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania ("Centros"), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.

Ainda no art. 166 do projeto do Novo CPC, ressalva o § 2º<sup>35</sup> a possibilidade da realização das sessões ou audiências nos próprios juízos, mas sempre conduzidas por conciliadores e mediadores, afastando, em princípio, a cumulação de funções pelo magistrado. Destaca-se a importância deste parágrafo uma vez que, mesmo podendo o juiz atuar de forma a buscar uma solução consensual, a mediação propriamente dita requer uma formação técnica direcionada, além da necessidade da confidencialidade quanto as questões tratadas nas sessões de mediação, evitando qualquer tipo de contaminação na cognição do juiz caso seja necessário um posterior julgamento.

Conforme se verifica no próprio título da seção e no decorrer dos dispositivos, os institutos da mediação e conciliação são regulamentados em paralelo, criando, em alguns momentos questões que merecem ser abordadas. Apenas nos § 3º e § 4º do art. 166 é possível encontrar uma distinção entre a atuação do mediador e do conciliador.

§ 3º. O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 4º. O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Neste ponto, relevante destacar que mediação e conciliação são institutos peculiares, que possuem finalidades diversas e merecem uma regulamentação diferenciada, sob o risco de uma utilização indevida ou uma confusão entre as finalidades e técnicas desenvolvidas. Assim, muito importante, mas igualmente difícil, é a distinção entre mediação e conciliação<sup>36</sup>. Teórica e tecnicamente é possível delimitar o campo de atu-

35. "Art. 166. § 2.º Em casos excepcionais, as audiências ou sessões de conciliação e mediação poderão realizar-se nos próprios juízos, desde que conduzidas por conciliadores e mediadores." Relatório do Deputado Paulo Teixeira, maio/13, p. 989.

36. No sistema brasileiro, a conciliação esta presente em diversos momentos, dentre eles no Código de Processo Civil nos artigos 125, IV – como um dos deveres/poderes do juiz; art. 277 – na audiência de conciliação do

ação de cada instituto, regras e metodologia utilizada. Contudo, na prática, apesar das tentativas para caracterizar cada método, nem sempre se torna clara tal separação. O que estes institutos têm em comum é a existência de um terceiro que auxilia em um possível acordo entre as partes, através da aproximação destas<sup>37</sup>.

Todavia, em regra, a conciliação é realizada em juízo – pelo próprio juiz ou por conciliador treinado –, com o processo em curso, sempre buscando um acordo entre as partes, negando-se o conflito sem a preocupação de compreender sua origem. Já a mediação deveria ser realizada fora dos Tribunais, antes do processo judicial, e busca a desconstrução e superação da contenda, sendo o acordo uma simples consequência do diálogo leal e compreensão das partes envolvidas na relação conflituosa. A mediação, sob o enfoque da abordagem do conflito em si – e não apenas uma solução para tal –, mostra-se muito mais abrangente do que a conciliação<sup>38</sup>.

Vale destacar que a mediação não deve ser aplicada indistintamente, a todo e qualquer caso, pois possui também seus obstáculos e limites de eficácia, devendo ser utilizada naqueles casos em que se mostrar útil. Tendo em vista sua natureza e finalidade de dissipar o conflito, dissolvendo a litigiosidade contida neste, a mediação é indicada em casos que envolvam relações continuadas, que tendem a permanecer após o procedimento, como é o caso de relações de vizinhança, escolares e, em especial, relações familiares. Contudo, não há impedimento formal para a utilização da mediação em outros tipos de conflitos, pois estes são decorrentes de relações humanas, e estas devem sempre ser preservadas.

Além das questões já demonstradas, verifica-se ainda no projeto os princípios informadores da conciliação e mediação, presentes no art. 167<sup>39</sup> e seus parágrafos; a

procedimento sumário; art. 331, § 1º – na audiência preliminar; art. 447 – audiência de conciliação; além da Lei 9.099/95 que tem como princípio basilar a conciliação.

37. Em relação à distinção de posturas do conciliador e do mediador, GILVAN HANSEN afirma que “*enquanto o conciliador, salvo raras exceções, age burocraticamente no sentido de chegar rapidamente a um acordo que seja, no entender dele, bom para as partes, porque resolve o conflito sobre um objeto, o que se busca na mediação é, antes de qualquer coisa, identificar o conflito oculto, nem sempre transparente e na maioria das vezes obliterado aos próprios participantes da contenda. Se isso ocorre é porque se pretende resgatar a própria relação deteriorada, fator que exige tempo, cuidado, dedicação e, muitas vezes, vigilância do mediador com relação à sua própria conduta no processo de resgate da dignidade das partes que se efetiva durante a mediação*” (*A resolução de conflitos no Estado Democrático de Direito: uma perspectiva Habermasiana*, p. 115/116).
38. Humberto Dalla Pinho propõe três critérios para distinguir os institutos: finalidade, método e vínculos “*Quanto à finalidade, a mediação visa resolver abrangentemente o conflito entre os envolvidos. Já a conciliação contenta-se em resolver o litígio conforme as posições apresentadas pelos envolvidos. Quanto ao método, o conciliador assume posição mais participativa, podendo sugerir às partes os termos em que o acordo poderia ser realizado, dialogando abertamente a este respeito, ao passo que o mediador deve abster-se de tomar qualquer iniciativa de proposição, cabendo a ele apenas assistir as partes e facilitar a sua comunicação, para favorecer a obtenção de um acordo de recíproca satisfação. Por fim, quanto aos vínculos, a conciliação é uma atividade inerente ao Poder Judiciário, sendo realizada por juiz togado, por juiz leigo ou por alguém que exerça a função específica de conciliador. Por outro lado, a mediação é atividade privada, livre de qualquer vínculo, não fazendo parte da estrutura de qualquer dos Poderes Públicos*” (*A mediação na atualidade e no futuro do processo civil brasileiro*, p.08).
39. “*Art. 167. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada*”. (Relatório do Deputado Paulo Teixeira, maio/13, p. 989).

necessidade de os Tribunais manterem cadastro de conciliadores e mediadores e das câmaras privadas de conciliação e mediação, conforme art. 168. O § 5º deste mesmo artigo determina importante e prudente impedimento de conciliadores e mediadores atuarem como advogados nos juízos que exerçam suas funções<sup>40</sup>, e no mesmo sentido o art. 174 determina o impedimento para assessoramento, representação ou patrocínio de qualquer das partes por conciliador ou mediador, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou<sup>41</sup>.

Vale destaque o disposto no art. 175<sup>42</sup>, que determina à União, Estados, Distrito Federal e Municípios a criação de câmaras de mediação e conciliação destinadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, permitindo tal artigo compreender que a política pública de resolução consensual de conflitos deve ir além do Poder Judiciário, evitando, inclusive a judicialização de algumas questões.

Por fim, conforme art. 176, a proposta não exclui “*outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes*”<sup>43</sup>.

Assim, diante da possível regulamentação processual que está se desenhando, com a satisfação de verificar tão importante instrumento de gerenciamento de conflitos ser reconhecido e absorvido pelo sistema judicial, resta a preocupação em relação a burocratização da mediação. Necessário que tal instituto seja tratado e considerado como

---

40. “Art. 168. Os tribunais manterão cadastro de conciliadores e mediadores e das câmaras privadas de conciliação e mediação, que contera o registro de todos os habilitados com indicação de sua área profissional. § 1.º Preenchendo os requisitos exigidos pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo tribunal, entre os quais, necessariamente, a capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada ou pelo próprio tribunal, conforme parâmetro curricular mínimo definido pelo Conselho Nacional de Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro do tribunal. § 2.º Efetivado o registro, que poderá ser precedido de concurso público, o tribunal remeterá ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciárias onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que seu nome passe a constar da respectiva lista, para efeito de distribuição alternada e aleatória, observado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional. § 3.º Do credenciamento das câmaras e do cadastro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de causas de que participou, o sucesso ou o insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como quaisquer outros dados que o tribunal julgar relevantes. § 4.º Os dados colhidos na forma do § 3º serão classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e fins estatísticos, bem como para o fim de avaliação da conciliação, da mediação, das câmaras privadas de conciliação e de mediação, dos conciliadores e dos mediadores. § 5.º Os conciliadores e mediadores cadastrados na forma do caput, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que exerçam suas funções. § 6.º O tribunal poderá optar pela criação de um quadro próprio de conciliadores e mediadores a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, observadas as normas estabelecidas neste Capítulo.”

41. “Art. 173. O conciliador ou o mediador fica impedido, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes”.

42. “Art. 175. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I – dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.” Relatório do Deputado Paulo Teixeira, maio/13, p. 993. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>.

43. “Art. 176. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes. Parágrafo único. O disposto nesta Seção aplica-se, no que couber, às Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação.”

mais uma possibilidade dentro do *sistema multiportas* de acesso à Justiça, evitando que uma possível obrigatoriedade no procedimento judicial arraste a mediação para o mesmo viés da descrença e ineficiência que atualmente se encontra a conciliação.

### 3.2 A mediação nas questões de família

Assuntos que envolvem o Direito de Família estão diretamente relacionados à pessoa e sua dignidade<sup>44</sup>, exigindo, assim, um procedimento em conformidade com essa característica, que alcance o conflito real e permita a dissolução da litigiosidade contida. O respeito e a promoção do diálogo, devolvendo às partes litigantes o protagonismo sobre suas decisões, está diretamente relacionado ao respeito à dignidade do homem, pois considera o indivíduo como sujeito social, dentro de suas perspectivas e peculiaridades. Neste sentido, o relatório do Deputado Paulo Teixeira dispõe que

Também se afigura imprescindível a criação de um procedimento especial para as ações de família, que prestigie ainda mais as formas alternativas de solução de conflito e que contenha algumas especialidades procedimentais importantes para a tutela das questões de família.

Destaca-se, aqui, a regra a determinar que o mandado de citação não venha acompanhado de cópia da petição inicial – cujos termos serão conhecidos pelo réu apenas se não houver acordo.

Trata-se de técnica utilizada com muito êxito nos núcleos de mediação de conflitos familiares, agora generalizada.

Observe-se que não há qualquer prejuízo ao contraditório, pois o réu terá oportunidade de se defender amplamente caso não realizada a conciliação.<sup>45</sup>

A busca pela eficiência, por meio das reformas padronizadas e burocratizantes, como uma medida de política judiciária nem sempre é capaz de atender às necessidades e expectativas decorrentes de um conflito familiar, que possui natureza artesanal e peculiar, demandando tutela adequada e especializada, possuindo a mediação, em parte dos casos, as técnicas necessárias e adequadas a este tipo de conflito. Assim, a mediação familiar, conforme a *FENAMEF – Fédération Nationale de La Médiation Familiale*<sup>46</sup>:

(...) é um procedimento de construção ou de reconstrução do vínculo familiar norteado pela autonomia e responsabilidade das pessoas concernentes em situação de ruptura ou de separação na qual um terceiro imparcial, independente, qualificado e sem poder de decisão – o mediador familiar – favorece, por meio da organização de sessões confidenciais, a comunicação, a gestão de seu conflito no domínio familiar compreendido em sua diversidade e na sua evolução.<sup>47</sup>

44. Ao tratar do tema Rolf Madaleno afirma que “a dignidade humana atua na órbita constitucional na condição de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, e como princípio constitucional consagra os valores mais importantes da ordem jurídica, gozando de plena eficácia e efetividade, porque de alta hierarquia e fundamental prevalência, conciliando a segurança jurídica com a busca da justiça” (*Curso de Direito de Família*, p. 18).

45. Relatório do Deputado Paulo Teixeira, maio/13, p. 54-55. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>.

46. [www.mediation-familiale.org](http://www.mediation-familiale.org)

47. Tradução livre do conceito de mediação da *FENAMEF* (BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação Familiar: instrumentos para a reforma do judiciário*, p. 388).

Este procedimento, tendo em vista seu caráter conciliador e seu objetivo – des- construir o conflito, permitindo a compreensão dos fatos que levaram à disputa – tem lugar especial quando o embate envolve relações continuadas, que irão subsistir após o fim da demanda<sup>48</sup>. Com isto, a mediação familiar tende a gerar resultados positivos, uma vez que preserva ou restaura vínculos prejudicados pelo litígio. Todavia, isto não significa que as partes irão se amar ou reatar laços profundos de afeto. A reconstrução de relações proposta pela mediação familiar significa relação social de respeito e cordialidade, desprovida de rivalidade e disputa.

Possibilita, ainda, a definição dos papéis sociais, evitando que conflitos de caráter emocional transformem-se em conflitos judiciais, quase sempre sem solução jurídica adequada. A compreensão dos próprios conflitos internos dos envolvidos, gerada pelo procedimento da mediação, permite identificar os “gatilhos” que geraram e podem gerar conflitos, influenciando até mesmo como forma de preveni-los. A manutenção da voz ativa das partes, num ambiente de liberdade comunicativa<sup>49</sup>, de diálogo e respeito, promove a construção de um consenso responsável e legitimado pelos envolvidos, fazendo com que o conflito real seja dissolvido de forma eficaz.

Desta forma, os conflitos familiares vão além de um simples conflito jurídico – que pode ser desfeito pela aplicação de norma cogente – e merecem uma atenção especial, pois estão diretamente relacionados ao desenvolvimento da pessoa humana, de sua personalidade e relações sociais. Com isso, o Direito sozinho não é capaz de abordar tais demandas, sendo a interdisciplinaridade essencial, por meio da articulação entre profissionais de diversas áreas das ciências humanas – ciências sociais, jurídicas e da saúde mental – , viabilizando a colaboração para uma melhor leitura do conflito. Ao encontro desta necessidade de uma mudança no tratamento dos conflitos familiares e da premência de uma visão multifocal nesta abordagem, o art. 709 do Projeto dispõe sobre a atuação de uma equipe multidisciplinar em auxílio ao juiz, determinando que

Art. 709. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Ressalte-se que o juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento, suspender o processo para que as partes busquem, via mediação extrajudicial ou atendimento multidisciplinar a solução do conflito, conforme parágrafo único do art. 709 do PL nº 8046/2010<sup>50</sup>. O projeto não deixa claro se tal mediação extrajudicial poderá ser ofertada

48. Como ocorre na execução de alimentos (MEIRELLES, Delton R. S. & MARQUES, Giselle Picorelli Yacoub. “Alimentos e sua efetividade no cenário de reformas processuais”).

49. Explica Jürgen Habermas: “*eu entendo a ‘liberdade comunicativa’ como a possibilidade – pressuposta no agir que se orienta pelo entendimento – de tomar posição frente aos proferimentos de um oponente e às pretensões de validade aí levantadas, que dependem de um reconhecimento intersubjetivo. (...) Liberdade comunicativa só existe entre atores que desejam entender-se entre si sobre algo num enfoque performativo e que contam com tomadas de posição perante pretensões de validade reciprocamente levantadas*” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, p.155/156).

50. “*Art. 709. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.*”

pelo Centro de Mediação dos próprios Tribunais ou se as partes deverão buscar uma mediação privada, sendo esta última opção mais coerente com a terminologia usada no projeto. Ademais, neste mesmo sentido, não esclarece o projeto o que se trata de “atendimento multidisciplinar”. Questionamento inevitável é de como ficará a questão jurídica diante de tais procedimentos, tanto a mediação extrajudicial quanto o atendimento multidisciplinar: haverá sentença homologatória de possível acordo?

Importante destacar a determinação trazida pelo artigo 710<sup>51</sup>, que impõe a citação do réu para comparecimento à audiência de mediação e conciliação logo após o recebimento da petição inicial, antes mesmo de uma citação formal para oferecimento de contestação, possibilitando, inicialmente, a busca por uma solução consensual. Nesta situação, não há ressalva quanto a mediação extrajudicial, parecendo que em tal caso a mediação será judicial. No mesmo artigo, o § 4º determina a presença dos advogados ou defensores públicos na audiência, talvez para proporcionar às partes uma maior segurança diante deste procedimento diferenciado. Contudo, imprescindível frisar que a presença de advogados ou defensores nas audiências de mediação e conciliação deve ser no sentido de assessorar as partes e não tomar a voz por elas, uma vez que a autonomia e o empoderamento dos envolvidos são fatores essenciais, em especial, na mediação.

O procedimento da mediação familiar, fora as questões demonstradas, segue a regra geral, podendo transcorrer por várias sessões e o Projeto não se furtou em reconhecer tal necessidade, determinando que

Art. 711. A audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito.

Tal período deverá ser considerado não como tempo perdido, mas sim como um benefício gerador do consenso, demandando, ainda, paciência, interesse e comprometimento real de todos os envolvidos neste processo de restauração da comunicação.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo não se pretendeu esgotar a temática da mediação, mas avaliar, diante dos conceitos e fundamentos que permeiam o tema, como esta questão esta sendo discutida e trabalhada pelo Projeto do Novo Código de Processo Civil, PL 8046/2010. O que se buscou foi verificar como e se a mediação neste projeto poderá atender suas finalidades típicas, ou se apenas insere-se num contexto maior de reforma judiciária e processual.

---

51. *“Art. 710. Recebida a petição inicial, e tomadas as providências referentes à tutela antecipada, se for o caso, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 709. § 1.º O mandado de citação conterá apenas os dados necessários para a audiência e não deve estar acompanhado de cópia da petição inicial. § 2.º A citação ocorrerá com antecedência mínima de quinze dias da data designada para a audiência. § 3.º A citação será feita na pessoa do réu, preferencialmente por via postal. § 4.º As partes deverão estar acompanhadas de seus advogados ou defensores públicos na audiência”.*

Em primeiro lugar, merecem elogio a Comissão de Juristas e os parlamentares, por incluírem a mediação como procedimento alternativo à jurisdição, contribuindo para a diminuição da cultura da sentença e da litigiosidade, as quais apenas pacificam artificialmente os conflitos. Reformas legislativas e administrativas neste sentido são louváveis e merecem ser estimuladas, para se garantir efetivamente um melhor acesso à Justiça (em seu sentido mais amplo).

Entretanto, observou-se que o projeto do Novo Código de Processo Civil, ao confluir conciliação e mediação num mesmo procedimento, atendeu prioritariamente à lógica da eficiência da prestação jurisdicional, alinhando-se às políticas públicas de reforma estatal (incluindo a do Conselho Nacional de Justiça). Se por um lado foi um avanço a inclusão da mediação no procedimento judicial, por outro lado peca pelo alto risco de se desvirtuar o instituto para que atenda a objetivos de política judiciária estatística e cartorária.

O problema é mais grave nos conflitos familiares judicializados. Sua natureza artesanal e a complexibilidade das suas questões demanda maior sensibilidade para sua exata compreensão: o que se torna difícil se o método for o mesmo utilizado nas conciliações perceptíveis nos conflitos meramente patrimoniais. Neste sentido, a equipe multidisciplinar e a possibilidade de desdobramento em várias sessões de mediação, medidas previstas no Projeto de Código de Processo Civil, são importantes conquistas, desde que não venham a ser burocratizadas e que possibilitem uma visão multifocal e mais dinâmica da relação social decorrente dos núcleos familiares.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Tânia. “Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas”. In: *Mediação de conflitos*. Paulo Borba Casella e Luciane M. de Souza (coord.), Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp.93-102.
- ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La mediación y el acceso a justicia*. Rubinzal: Culzoni, 2003.
- ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. “Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo”. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 48, nº 190 t.1, p. 35-48, abr./jun. 2011.
- ANDREWS, Neil. “Mediation in England: organic growth and stately progress”. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Volume IX, pp. 571/589, jan/jun. 2012.
- BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARBOSA, Águida Arruda. “Mediação Familiar: instrumentos para a reforma do judiciário”. In: *Leituras Complementares de Direito Civil*. Marcos Ehrhardt Júnior e Leonardo Barreto Moreira Alves (Org.) Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, pp.385-394.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRASIL – Agência Nacional de Energia Elétrica. *Solução de Divergências: Mediação*. Brasília: ANEEL, 2008. Disponível em <<http://www.aneel.gov.br/>>.
- \_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125* de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder

- Judiciário e dá outras providências. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>.
- \_\_\_\_\_. Senado Federal. Projeto de Lei nº 166 de 08 de junho de 2010. Reforma do Código de Processo Civil. Disponível em <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=97249](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249)>.
- \_\_\_\_\_. Senado Federal. Projeto de Lei nº 517 de 25 de agosto de 2011. Institui e disciplina o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos Disponível em <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=101791](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=101791)>.
- \_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 8046 de 22 de janeiro de 2010. Reforma do Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça* (trad. Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Fabris, 1988.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GHISLENI, Ana Carolina e SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos a partir do Direito Fraternal*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebenichler. Vol. I. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.
- HANSEN, Gilvan Luiz. *A resolução de conflitos no Estado Democrático de Direito: uma perspectiva Habermasiana*, in Direito e Filosofia – Diálogos. Zulmar Fachim e Clodomiro José Bannwart. Júnior (coord.). Campinas: Editora Millennium, 2011, pp.99-120.
- LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo; FAGUNDES, Rosane Maria Vaz; PINTO, Vânia Maria Vaz Leite (org.). *Manual de Mediação: teoria e prática*. Belo Horizonte: New Hampton Press, 2007.
- MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MEIRELLES, Delton R. S. “Codificación de principios constitucionales: el proyecto de código de procedimiento civil brasileño”. In: CANOSA, Eduardo Andrés Velandia. (Org.). *Derecho procesal constitucional*. Bogotá: VC Editores, 2011, v. 1, p. 258-274.
- \_\_\_\_\_. “Meios Alternativos de Resolução de Conflitos: justiça coexistencial ou eficiência administrativa?”. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual* ([www.revistaprocessual.com](http://www.revistaprocessual.com)), 1ª edição – outubro/dezembro, Rio de Janeiro, 2007.
- \_\_\_\_\_. “Poder central x justiça comunitária: observações sobre o sistema português e sua aplicação no mundo lusófono”. In: *Anais do XIX Encontro nacional do CONPEDI*. Fortaleza, 2010. Disponível em <[www.conpedi.org](http://www.conpedi.org)>.
- \_\_\_\_\_. & MARQUES, Giselle Picorelli Yacoub. “Alimentos e sua efetividade no cenário de reformas processuais”. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual* nº 11. Janeiro a Junho de 2013.
- \_\_\_\_\_. & MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. “Notas sobre a mediação e a conciliação no Projeto do novo Código de Processo Civil”. In: DELFINO, Lúcio *et alli* (coord). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*, pp. 113-128.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007.
- \_\_\_\_\_. “Efetividade do processo e técnica processual”. In. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1995, ano 20, n.77, jan./mar., p. 175.
- \_\_\_\_\_. “Por um Processo Socialmente Efetivo”. In: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Vol. X – Direito Processual Civil. Antônio Carlos Cavalcanti Maia (coord.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, pp.63-72.

- MUNIZ, Tânia Lobo. *A ética na mediação*. In: *Mediação de conflitos*. Paulo Borba Casella e Luciane M. de Souza (coord.), Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp.103-117.
- NADER, Laura. “A civilização e seus negociadores: a harmonia como técnica de pacificação”. In: *Anais da 19ª Reunião da Associação Brasileira de Antropologia*. Niterói: UFF, 1996, pp.43-63.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011.
- \_\_\_\_\_. & TEIXEIRA, Ludmila. *Conciliação deve se preocupar com a qualidade dos acordos*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-ago-31/movimento-pro-conciliacao-preocupar-qualidade-acordos>.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. “Mediação: A redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos”. In: *Acesso à Justiça e efetividade do Processo*. PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas (coord.). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, pp.106-111.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Geral da Mediação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- \_\_\_\_\_. *A mediação na atualidade e no futuro do processo civil brasileiro*. 2008. Disponível em <<http://www.humbertodalla.pro.br/artigos.htm>>.
- \_\_\_\_\_. *A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo código de processo civil*. 2010. Disponível em <<http://www.humbertodalla.pro.br/artigos.htm>>.
- SARMENTO, Roselaine dos Santos. “Mediação Familiar: um meio altamente eficaz de acesso à justiça”. In: *Família e Jurisdição*. Eliene Ferreira Bastos e Asiel Henrique de Souza (coord.) Belo Horizonte: DelRey, 2005, pp.285-306.
- SILVA, Denise Maria Perssini da. *Mediação e Guarda Compartilhada: conquistas para a família*. Curitiba: Juruá, 2011.
- SIX, Jean-François. *Dinâmica da mediação*. Tradução Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SPENGLER, Fabiana Marion & SPENGLER NETTO, Theobaldo. “A Mediação e a Conciliação Propostas pelo Projeto 8.046/2010 (Novo Código de Processo Civil Brasileiro – CPC) como Mecanismos Eficazes de Tratamento de Conflitos”. In: SPENGLER, Fabiana Marion (Org.). *Acesso à justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação: a delimitação e a busca de outras estratégias na resolução de conflitos*. Curitiba: Multideia, 2013, pp. 85-114.
- TARTUCE, Fernanda. *Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos*. Disponível em [http://www.fernandartartuce.com.br/site/artigos/doc\\_view/339-mediacao-no-novo-cpc-tartuce.html](http://www.fernandartartuce.com.br/site/artigos/doc_view/339-mediacao-no-novo-cpc-tartuce.html)
- TORRES, Jaime David Abanto. *La Conciliación Extrajudicial y la Conciliación Judicial. Un puente de oro entre los MARC's y la Justicia Ordinaria*. Lima: Grijley, 2010
- WATANABE, Kazuo. “Acesso à justiça e sociedade moderna”. In: *Participação e processo*. GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândico Rangel e WATANABE, Kazuo (coord.). São Paulo: RT, 1988, pp.128-135.
- \_\_\_\_\_. “A mentalidade e os meios de solução de conflitos no Brasil”. In: *Mediação e Gerenciamento do Processo*. GRINOVER, Ada Pellegrini, LAGRAS NETO, Caetano e WATANABE, Kazuo (coord.). São Paulo: Atlas, 2007, pp.06-10.

# EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL EN EL DERECHO PROCESAL COMPARADO: LOS PROYECTOS DE BRASIL Y CHILE

*DHENIS CRUZ MADEIRA<sup>1</sup>,  
JAIME CARRASCO POBLETE<sup>2</sup> E  
FRANCISCO JAVIER GODOY CAMUS<sup>3</sup>*

## 1. CONSIDERACIONES INICIALES

La República Federal de Brasil y la República de Chile se encuentran viviendo momentos históricos similares en el plano legislativo, por cuanto ambos países están en una etapa de elaboración de una nueva legislación procesal civil, precisamente, un nuevo Código.

Recientemente, la Comisión Especial de la Cámara de Diputados brasileña, aprobó mediante la debida votación, el Proyecto de Código de Procedimiento Civil (CPC), devolviéndolo con alteraciones, al Senado Federal<sup>4</sup>. En Brasil, el Proyecto de Ley del Senado (PLS) que contiene el nuevo Código de Procedimiento Civil, con posibilidades de ser enmendado, recibió el número 166/2010, siendo que, aunque fuese aprobado en una primera instancia por el Senado Federal y siguiendo el sistema bicameral, se envió posteriormente a la Cámara de Diputados (Proyecto de Ley – PL – número 8.046/2010), donde, como se señaló, recibió innumerables alteraciones y fue devuelto al Senado Federal para ser votado nuevamente.

- 
1. Abogado. Doctor y Máster en Derecho Procesal (PUC Minas, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil). Coordinador del Curso de Derecho de la PUC Minas Contagem. Profesor de Teoría General del Proceso y Derecho Procesal Civil (pregrado y postgrado) de la Faculdade Mineira de Direito, PUC Minas. Profesor visitante de varios cursos de posgrado en Brasil. Investigador. Correo electrónico: cruzmadeira@hotmail.com
  2. Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas (Universidad de los Andes, Chile), Doctor en Derecho (Universidad de los Andes, Chile), Máster en Derecho Público y Máster en Derecho de la Empresa (Universidad de los Andes, Chile). Profesor de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Chile. Dirección Postal: San Carlos de Apoquindo N° 2200, Las Condes, Santiago, Chile, correos electrónicos: jacarrasco2@miuandes.cl; jcarrasco@ortfesa.cl
  3. Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas (Universidad de los Andes, Chile) y ex intercambista y actual investigador en la Faculdade Mineira de Direito, PUC Minas. Profesor Auxiliar de Derecho I y II, Facultad de Ciencias y Económicas de la Universidad de los Andes, Chile. Dirección Postal: Los Pumas N° 12.064, Las Condes, Santiago. Correos electrónicos: francisco.godoy@jmsouto.com.br; fgodoy1@gmail.com
  4. La aprobación data del día 17 de Julio de 2013, la cual fue posterior a un análisis sobre la conveniencia del Proyecto de Ley 8.046 de 2010, que autoriza instituir un nuevo Código de Procedimiento Civil brasileño.

En Chile, el Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil recibió el número 8.197/07 y, actualmente, se encuentra en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Congreso, pudiendo ser objeto, al igual que en Brasil, de muchos cambios.

En ese contexto, el Derecho Comparado gana aún más importancia para la Ciencia Procesal por el simple hecho de que, al realizarse la comparación entre el sistema jurídico de dos o más países, se puede, junto con comparar, copiar, rechazar y, sobre todo, aprender con los errores y aciertos de los países en análisis. Obviamente, cuando se realiza un estudio de Derecho Comparado, lo que se pretende, además de un interés meramente teórico o académico, es conocer nuevos institutos, visualizar nuevas formas de hacer efectivos ciertos derechos, pero, junto a esto, tiene por objetivo evitar los errores y repetir los aciertos. Esto, siempre cuando el ambiente político, jurídico y cultural entre los países en comparación son compatibles entre sí.

Sobre tal compatibilidad cultural, política y jurídica, en el caso específico de los países latinoamericanos (Brasil y Chile), se debe reconocer que, no obstante sus idiosincrasias y distinciones culturales, existen entre ellos muchas más semejanzas que diferencias, comenzando por un pasado común de colonización europea – portuguesa, en el caso brasileño, y de española, en el chileno-, así como por los diversos gobiernos autoritarios – civiles o militares – que los dominaron durante el siglo XX.

El Derecho Procesal Comparado, como ya se mencionó, se torna aún más relevante.

El objetivo del presente artículo, por tanto, es comparar en breves líneas y, sin ánimo de agotar el tema, los proyectos del nuevo CPC brasileño y chileno, apuntando a las principales propuestas de innovación.

Para facilitar la comparación entre el modelo procesal de dos países, el sumario será dividido en dos partes. En la primera (ítem 2 y subtemas), se hará un análisis de algunos puntos del proyecto brasileño del nuevo CPC, y, en la segunda (ítem 3 y subtemas), se analizará el proyecto chileno.

## **2. PRINCIPALES ALTERACIONES PROPUESTAS POR EL PROYECTO DE NUEVO CPC BRASILEÑO**

### **2.1 PRINCIPALES INFLUENCIAS TEÓRICAS DEL CPC VIGENTE Y SU INTENTO DE APROXIMACIÓN ENTRE EL PROYECTO DE NUEVO CPC Y LA CONSTITUCIÓN**

Entre la primera versión del Anteproyecto del nuevo CPC presentado al Senado Federal<sup>5</sup> en 2010 y la última versión aprobada por la Cámara de Diputados en 2013<sup>6</sup> ocurrieron innumerables cambios del texto normativo propuesto.

5. Cf. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010, 268p.

6. Tramitación disponible en: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>. En 29/07/2013.

Entretanto, desde la primera hasta la última mudanza, es posible notar una línea teórica común.

Se puede ver, desde el inicio, que no existió la intención de hacer un quiebre abrupto o radical entre el CPC vigente, que data de 1973, y el propuesto por el Proyecto. Eso queda claro cuando, en la Exposición de los Motivos del Anteproyecto del Senado, quedó consignado:

“Nas alterações das leis, com exceção daquelas feitas imediatamente após períodos históricos que se pretendem deixar definitivamente para trás, não se deve fazer ‘taboa rasa’ das conquistas alcançadas. Razão alguma há para que não se conserve ou aproveite o que há de bom no sistema que se pretende reformar.

Assim procedeu a Comissão de Juristas que reformou o sistema processual: criou saudável equilíbrio entre conservação e inovação, sem que tenha havido drástica ruptura com o presente ou com o passado.”<sup>7</sup>

¿Cuál pasado teórico sería aquel citado en la Exposición de Motivos del Anteproyecto presentado al Senado Federal brasileño? ¿Cuál es la principal línea teórica que influenció el sistema procesal brasileño vigente desde 1973?

Para los procesalistas brasileños la respuesta parece ser simple: se trata de la Teoría del Proceso como Relación Jurídica del jurista alemán Oskar Bülow, sin perjuicio que no se pueda decir que tal teoría es utilizada integralmente por el Proyecto de nuevo CPC.

Dicha Teoría del Proceso fue seguida por diversos juristas y funciona, para bien o para mal, como fundamento de muchos sistemas que siguen la tradición romano-germánica, entre ellos, Wach, Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei y Liebman, solamente por citar algunos. El último procesalista mencionado, Enrico Tullio Liebman, fue discípulo directo de Giuseppe Chiovenda y llegó a enseñar a Brasil durante la Segunda Guerra Mundial, influenciado en sobremanera a los procesalistas brasileños,<sup>8</sup> como aún se puede ver.

No es sin fundamento, por lo tanto, que la Exposición de Motivos del Anteproyecto brasileño cita autores como Liebman, Dinamarco, Buzaid y otros, que son, sin duda alguna, herederos de la línea bülowiana. Vale la pena recordar que el principal idealizador del CPC brasileño vigente, Alfredo Buzaid, fue discípulo directo de Liebman cuando éste impartía cátedras en Brasil e, por eso, reconoció la gran influencia del maestro italiano<sup>9</sup> – y de las teorías que defendía – en la legislación procesal brasileña.

---

7. Extracto de la Exposición de Motivos encontrada em: *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010, pág. 37

8. Sobre la influencia de Liebman en el sistema procesal brasileño, entre otros, revisar: BUZAID, Alfredo. *A influência de Liebman no Direito Processual Civil Brasileiro*. Revista de Processo. Ano VII – julho-setembro de 1982, nº 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Liebman e a Cultura Processual Brasileira*. In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; RIBEIRO, José Horário Halfeld Rezende; DINAMARCO, Pedro da Silva (coords.). *Linhas mestras do processo civil: comemoração dos 30 anos de vigência do CPC*. – São Paulo: Atlas, 2004; MADEIRA, Dhenis Cruz. *O novo CPC e a leitura tardia de Liebman – a possibilidade jurídica como matéria de mérito*. In: ROSSI, Fernando; RAMOS, Glauco Gumerato; GUEDES, Jefferson Carús; DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

9. Cf. BUZAID, Alfredo. *A influência de Liebman no Direito Processual Civil Brasileiro*. Revista de Processo. Ano VII – julho-setembro de 1982, nº 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

Todo eso no quiere decir, sin embargo, que la Teoría del Proceso como Relación Jurídica está libre de críticas. Muy por el contrario, se trata de una corriente teórica que se basa en la instrumentalización del proceso, o sea, en la idea de que el proceso es un instrumento de la jurisdicción. Tal línea de pensamiento, por muchos motivos, ha sido criticada por algunos procesalistas brasileños<sup>10</sup> y extranjeros,<sup>11</sup> pero, aún así, continua siendo mayoritaria en Brasil.

La principal crítica que se acostumbra a hacer a la Teoría del Proceso como Relación Jurídica es, sin duda, el protagonismo del juez en el discurso procesal, pues tal línea teórica aún ve al juzgador como una “supra-parte” que usa al proceso para atender objetivos meta-jurídicos. Se trata de una idea con base en la socialización procesal presente en Alemania desde Anton Menger hasta Franz Klein,<sup>12</sup> pero que en Brasil ganó fuerza con Cândido Rangel Dinamarco,<sup>13</sup> seguidor directo de Liebman. Tal posición es vista por algunos procesalistas como desigual, pues aquellos que sufrieron los efectos de la decisión – en su caso, el ciudadano, las empresas – pueden ser erróneamente utilizados en el discurso procesal en nombre de la supremacía discursiva del magistrado.

Tal protagonismo judicial quedó en evidencia, especialmente, en una de las primeras propuestas para un nuevo CPC, cuando en la primera audiencia pública realizada en Belo Horizonte/MG, fue sugerida:

“Ampliação dos poderes do magistrado, como, por exemplo:

– adequar as fases e atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa.”<sup>14</sup>

- 
10. Por citar algunos procesalistas brasileños que critican la instrumentalidad del proceso y la Teoría del Proceso como Relación Jurídica de Bülow: CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Instrumentalidade do processo e devido processo legal*. Revista de Processo – REPRO, nº 102, ano 26, abril/junho 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992; LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do Processo em Crise*. – Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008; LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002; MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; TAVARES, Fernando Horta; DUTRA, Elder Gomes. *Técnicas diferenciadas de sumarização procedimental e cognição exauriente: das providências preliminares, julgamento “antecipado” do processo e do procedimento monitorio*. Revista de Processo. Ano 35, nº 181, mar./2010, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
  11. Entre otros: FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: CEDAM, 1996; GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. Barcelona: Editorial Labor, 1936.
  12. Sobre la socialización procesal en Alemania, una visión crítica, entre otros, puede indicarse: NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 79-94; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, pág. 105.
  13. Dinamarco defiende la instrumentalización y los objetivos metajurídicos del proceso, sobre todo en: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, pág. 181-8
  14. Cf. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal, 2010, pág. 13.

Se trata de un tema que generó muchas críticas, justamente por el hecho de colocar en las manos de los magistrados un poder, considerado por muchos de excesivo, de cambiar un proceso en curso, lesionando la necesaria seguridad jurídica y previsibilidad de la decisión.

Como el Anteproyecto del CPC brasileño no quiso generar una ruptura abrupta con el sistema procesal vigente, quedó claro que en la corriente instrumentalista aún se encuentra en algunas disposiciones legales propuestas, aunque felizmente, no en su totalidad.

Por lo mismo, sería equívoco señalar que el actual Proyecto del nuevo CPC brasileño adopta integralmente la socialización procesal o, como algunos dicen precipitadamente, antidemocrático, por cuanto aquel se aproxima a una constitucionalización procesal o también, al llamado modelo constitucional del proceso.

Es claro que el Proyecto de CPC brasileño sufre la influencia en algunas disposiciones de la (criticable) Teoría del Proceso como Relación Jurídica y de la socialización procesal. Sin embargo el Proyecto de nuevo CPC, en este punto, se encuentra más distante de Bülow que del CPC brasileño vigente. Esto, sin duda, es un avance con rumbo a la efectiva constitucionalización y democratización procesal.

Basta entender la preocupación del legislador con el principio de contradicción, no permitiendo al juez, por regla general, emitir una decisión sin oír a las partes:

Art. 7º. É assegurado às partes paridade de tratamento no curso do processo, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório.

A mayor abundamiento:

Art. 10. Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício.

Tales disposiciones se distancian de Bülow y se acercan al Proceso Constitucional construido sobre todo en América Latina, por juristas del peso de Eduardo J. Couture, Alcalá-Zamora y Castillo, Hector Fix-Zamudio, Nésto Sagüés, García Belaúnde, Alfredo Baracho, etc..<sup>15</sup>

Hemos citado artículos que se preocupan de la participación de las partes en la construcción de la decisión final, lo que demuestra la constitucionalización procesal en el Proyecto del CPC propuesto, a pesar de las críticas que se puedan hacer a otras disposiciones más acordes al procesalista germano citado.

Como se dijo, a pesar que algunos artículos, incluso se ateniendo a la relación jurídico-procesal de Bülow, el Proyecto del CPC brasileño da un paso al frente en dirección a una democratización procesal. Se trata de un avance si lo comparamos con el CPC en vigor, estando éste profundamente enraizado en la instrumentalización meta-jurídica y, por mucho, alejado del modelo constitucional del proceso.

---

15. Sobre el nacimiento del Proceso Constitucional en América, revisar: MADEIRA, Dhenis Cruz. O nascimento do Processo Constitucional na América. In: SOARES, Carlos Henrique; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho (coords.). *Direito processual civil latino-americano*. – Belo Horizonte: Arraes, 2013, pág. 15-37.

Lo que se espera es que, en un futuro próximo, se abandone de una vez por todas la socialización procesal y el protagonismo judicial meta-jurídico de las propuestas bülowianas.

En las materias siguientes, se verá de forma bien directa y puntual, algunas alteraciones del Proyecto del nuevo CPC brasileño.

## 2.2. LA NUEVA ESTRUCTURACIÓN DEL NUEVO CPC

El CPC brasileño actualmente vigente desde el año 1973, se encuentra dividido en cinco libros: Libro I (Del Proceso de Conocimiento), Libro II (Del Proceso de Ejecución), Libro III (Del Proceso Cautelar), Libro IV (De los Procedimientos Especiales) y Libro V (De las Disposiciones Finales y Transitorias).

En total, dicho Código contiene 1.220 artículos.

De los cinco libros en cuestión, el Libro I es el más extenso, constituyéndose por 565 artículos. Tal extensión no es una mera coincidencia debido a que el mismo Libro del CPC vigente abarca no solamente reglas de procedimiento cognitivo, sino también, normas generales (aplicables a otros procedimientos, sea de forma subsidiaria o no), de competencia, reglas sobre recursos (aplicables a todos los procedimientos) e, incluso, normas atinentes a la ejecución de sentencias, denominada en Brasil como “Cumplimiento de la Sentencia”. El Libro I fusiona, en un solo libro, reglas procedimentales cognitivas, sin perjuicio también, normas generales, o mejor dicho, normas aplicadas subsidiariamente a disposiciones de procedimientos de otra especie.

En la versión aprobada en julio de 2013, el Proyecto de nuevo CPC brasileño, de un modo diferente, es dividido en dos grandes partes, cada una, subdividida en una infinidad de libros.

La llamada “Parte General” contempla seis libros, a saber: Libro I (De las normas procesales civiles), Libro II (De la función jurisdiccional), Libro III (De los sujetos del proceso), Libro IV (De los actos procesales), Libro V (De la tutela anticipada) y Libro VI (Formación, suspensión y extinción del proceso).

La segunda parte, llamada “Parte Especial”, está dividida en cuatro libros (tres de ellos numerados): Libro I (Del Proceso de Conocimiento y del Cumplimiento de la Sentencia), Libros II (Del Proceso de Ejecución), Libro III (De los Procesos en los Tribunales y de los medios de impugnación de las decisiones judiciales). Existe aún un último libro, sin numeración, llamado “Libro Complementario”, más llamado “De las disposiciones finales y transitorias”.

Llama la atención el hecho que, a diferencia con el CPC vigente, el Proyecto brasileño dejó de incluir un libro destinado al Proceso de Conocimiento (Libro I de la Parte Especial) a las reglas generales, que ahora, están presentes en los libros de la llamada “Parte General”. Así, las reglas generales (de competencia, de las tutelas de urgencia, formación, suspensión y extinción, etc.) se encuentran en un apartado propio, como reglas generales y no más, como ya fue mencionado, en el libro Del Proceso de Conocimiento, aunque éste aún pueda, en teoría, ser aplicado de forma subsidiaria a las demás especies procedimentales.

También, se debe mencionar que ya no existe un libro específico sobre el Proceso Cautelar, ni procedimientos cautelares típicos o específicos. En el Proyecto, las medidas cautelares son tratadas en la Parte General, casi siempre en conjunto con las demás resoluciones judiciales de emergencia, tales como las llamadas “tutelas anticipadas”.

Se puede ver, además de otros cambios, que se abandonó el libro destinado específicamente a los llamados “Procedimientos Especiales”, debido a que estos fueron incorporados en el Libro I de la Parte Especial del Proyecto, es decir, dentro del Libro reservado al Proceso de Conocimiento. Tal inclusión fue hecha acertadamente, porque al final, los procedimientos especiales no son más que procedimientos cognitivos.

El Proyecto del nuevo CPC brasileño, en su actual etapa legislativa, tiene un articulado menor, al contener 1082 artículos.<sup>16</sup>

### 2.3. LAS DIVERSAS TÉCNICAS DE JUICIO COLECTIVO CON ACCIONES IDÉNTICAS: LITIGIOSIDAD COLECTIVA Y REPETITIVA

No es reciente que el ordenamiento jurídico brasileño se preocupa con la llamada *litigiosidad colectiva con acciones idénticas*. De hecho, mucho antes del Proyecto del nuevo CPC en tramitación, muchas técnicas procedimentales para juicio de demandas con pluralidad de sujetos ya existían. Solo por citar algunas, el legislador ordinario brasileño prescribió la utilización de acciones colectivas que versen sobre derechos del consumidor, derechos difusos, derechos colectivos, derechos individuales homogéneos, mandato de seguridad colectivo, acción popular, acción civil pública, etc.

En Brasil, varios procesalistas ya estudiaron el tema.<sup>17</sup>

El CPC brasileño en vigor, en reformas recientes, también se preocupó de crear técnicas de juzgamiento de acciones colectivas, tales como los llamados recursos repetitivos donde, en breves palabras, se constituían en recursos que recaían sobre cuestiones jurídicas idénticas y eran reunidas en una decisión única para las partes.

Pues bien, el Proyecto de Nuevo CPC no mantuvo hipótesis de juzgamiento de demandas repetitivas, sino que también las amplió. Un ejemplo de esto es la previsión expresa del llamado *incidente de resolución de demandas repetitivas*, donde, en su versión final hasta ser aprobada por la Cámara de Diputados, fue definida como:

Art. 988. É admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando, estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito.

Más allá de tal incidente, el Proyecto amplió y reguló mejor los recursos repetitivos.

16. Como se dijo, el CPC en vigor posee el total de 1220 (mil doscientos veinte) artículos.

17. Por citar algunos: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. – 6. ed. – Salvador: Juspodivm, 2011, v. 4; MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. – São Paulo: LTr, 2006; NUNES, Dierle José Coelho. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. *Revista de Processo* – Repro 184 – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, págs. 129-138.

En una norma específica, el Proyecto del nuevo CPC deja claro que el juzgamiento de casos repetitivos versa tanto sobre el recurso repetitivo – recurso especial y extraordinario que son recursos de competencia, respectivamente, del Tribunal Superior de Justicia (STJ) y Tribunal Superior Federal (STF) – como sobre el incidente de resolución de demandas repetitivas.

Art. 522. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I – incidente de resolução de demandas repetitivas;

II – recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

Tal técnica fue introducida en el Proyecto de nuevo CPC brasileño como una forma de aumentar la celeridad procesal y de disminuir el número de procedimientos en curso en los Juzgados y Tribunales.

Las hipótesis de juicio de demandas y recursos repetitivos son, en realidad, una técnica de juzgamiento colectivizado y un abanico de opciones, donde se elige una o más acciones o recursos aptos para servir de paradigma a las demás acciones o juicios de uno, todos serán, por extensión de los efectos también juzgados.

El Proyecto del Nuevo CPC, como ya se ha dicho, cuidó de muchas de tales técnicas, regulando con mayor cuidado, la extensión que el CPC vigente, las causas repetitivas con pluralidad de sujetos.

## 2.4. LA UNIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO COGNITIVA COMÚN

En el CPC brasileño vigente, el procedimiento cognitivo común se encuentra dividido en procedimientos sumario y ordinario (Libro I), sin exclusión de los llamados procedimientos especiales (Libro IV) que, analizada su naturaleza, también se encuadran en el procedimiento cognitivo. La disposición que trata el tema en el CPC actual, antes de regular las especies de procedimiento común, simplemente afirma:

“Art. 272. O procedimento comum é ordinário ou sumário”.

En el Proyecto del nuevo CPC, no hay más división del procedimiento común sino solo en sumario y ordinario, siendo que la ley, en cuanto al procedimiento cognitivo, trata simplemente del procedimiento común (sin divisiones y distinciones) y especiales.

Art. 319. Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei.

Parágrafo único. Também se aplica o procedimento comum aos procedimentos especiais e ao processo de execução, naquilo que não se ache diversamente regulado.

Esto es porque, en el CPC vigente, el procedimiento sumario fue creado con el objetivo de regular conflictos que, teóricamente, serían más fáciles de ser dirimidos y, por lo mismo, también hipotéticamente, serían decididas del modo más rápido. La técnica utilizada para elaboración del procedimiento sumario fue la de concentración

de etapas, no siendo fácil delimitar donde comienza y donde termina cada estadio procedimental.<sup>18</sup>

Con todo, la experiencia judicial brasileña mostró que el procedimiento sumario no es, en general, más rápido que el ordinario y que las distinciones solo sirvieron para entorpecer, aún más, la marcha procesal. Esto, ya que no son poco comunes los errores en la elección del procedimiento adecuado por parte de los abogados y promotores.

Siendo así, el Proyecto de nuevo CPC, se creyó conveniente adoptar un procedimiento común único, con reglas uniformes, ya que el objetivo de rapidez pretendido con el procedimiento sumario no fue, por experiencia, satisfactoriamente alcanzado.

## 2.5 ALGUNAS PALABRAS SOBRE PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

Como se afirmó, en contraste con el CPC en vigencia, en el Proyecto no hay un libro específico para los procedimientos especiales y, por ser estos procedimientos cognitivos, fueron introducidos en el libro destinado al Proceso de Conocimiento (Libro I de la Parte Especial).

Junto a eso, puede apreciarse que hubo en el Proyecto una disminución del número de procedimientos especiales.

Esto no quiere decir que la eliminación de acciones,<sup>19</sup> o sea, la eliminación de procedimientos especiales propuesta por el Proyecto de nuevo CPC, haya eliminado, también, la pretensión que estos protegían. Lo que ocurrirá con la entrada en vigor del nuevo CPC es, simplemente, la adopción del procedimiento común en lugar de un procedimiento especial, o sea, no existiendo más un procedimiento específico para cada una de las pretensiones materiales, el demandante, simplemente, adoptará el procedimiento común, sin preocuparse en seguir reglas procedimentales exclusivas, individualizadas, tal como ocurre hoy en Brasil. Así, por ejemplo, eliminándose la acción de juicio de cuentas, en la modalidad de dar cuentas – y manteniéndose apenas, la modalidad de exigir las – no quiere decir que la persona cuyas cuentas fueron rechazadas extrajudicialmente no pueda exigir las en juicio. Obviamente, podrá hacerlo, pero para ello, deberá entablar la acción de juicio de cuentas a través del procedimiento común, y no por la vía de procedimientos especiales.

El Proyecto de nuevo CPC hizo bien en eliminar gran parte de los procedimientos especiales. Al final, muchos de ellos no justificaban la creación de reglas procedimentales específicas, lo que en la práctica forense, solo servía para errores y nulidades.

---

18. En este sentido: SOARES, Carlos Henrique; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. *Manual elementar de processo civil*. – 2. ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2012, pág. 365.

19. Aquí empleamos la palabra "acción" en el sentido de "procedimiento", este último, en el concepto fazzalariano. Sobre el concepto de procedimiento para Elio Fazzalari, entre otros, se sugiere: FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: CEDAM, 1996, págs. 77-9; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992; LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 7. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2008, págs. 92-4; MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008, págs.187-196.

## 2.6. ALGUNAS PALABRAS SOBRE EL PROCESO DE EJECUCIÓN

Entre todas las reformas realizadas al CPC vigente en los últimos años, sin duda, el Proceso de Ejecución fue el que más sufrió alteraciones. Solamente para citar algunas normas que modificaron el procedimiento ejecutivo, puede citarse la Ley 8.952 de 1994, la Ley 10.444 de 2002, la Ley 11.232 de 2005, así como la Ley 11.382 de 2006.

Muchas de las normas extraídas de tales leyes aún no tuvieron una interpretación y aplicación suficientemente sedimentadas por la jurisprudencia de los tribunales y por los procesalistas brasileños, o sea, aún hay muchas reglas y principios cuya aplicación aún no fue suficientemente debatida y aplicada.

Por este motivo, puede decirse, sin miedo a equivocarse, que el Proceso de Ejecución en el Proyecto de nuevo CPC brasileño fue el que menos sufrió modificaciones relevantes o significativas. No es sin fundamento que Humberto Theodoro Júnior, analizando el Proyecto co-elaborado por él, afirmó:

“Não se pode deduzir da Exposição de Motivos da Comissão de Juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto, nada de relevante foi inovado no âmbito da execução. Apenas se procurou afastar pequenas controvérsias ainda não solucionadas de maneira definitiva pela jurisprudência posterior às Leis 11.232/2005 e 11.382/2006 (...).”<sup>20</sup>

Con excepción de una que otra regla modificada (que existen), en general, lo que se puede ver es que el Proyecto de nuevo CPC cuidó básicamente de acoger las modificaciones traídas al CPC vigente por las leyes antes mencionadas, reorganizar tales alteraciones y aclarar la aplicación de una u otra regla que, en la ley en vigor, no tiene una interpretación diferente.

Incluso en la última versión aprobada por la Cámara de Diputados, se puede decir, que no hubo modificaciones substanciales.

Entre las propuestas de modificación de reglas que surgieron durante la elaboración del Anteproyecto y Proyecto, algunas merecen ser citadas, tales como la introducción de los honorarios profesionales de abogados como suma de dinero de naturaleza de alimentos;<sup>21</sup> la reducción del número de subastas públicas para la enajenación de bienes prendados (desde dos a una),<sup>22</sup> la regulación de lo que constituye un precio vil para

20. THEODORO JÚNIOR, Humberto. As vias de execução no processo civil brasileiro. O cumprimento das sentenças e a execução dos títulos extrajudiciais. *Revista de Processo* – Repro 201, ano 36, vol. 201, Nov./2011 – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pág. 19.

21. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal, 2010, pág. 15.

22. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal, 2010, pág. 16.

finés de postura en remates judiciales<sup>23</sup> y la regulación de la prescripción que procede después de dictada la sentencia condenatoria.<sup>24</sup>

## 2.7. ALGUNAS PALABRAS SOBRE LOS RECURSOS CIVILES

En cuanto a los recursos previstos en el Proyecto de nuevo CPC brasileño, uno de los cambios que más llamó la atención de los juristas en general fue la creación de la llamada “*sucumbência recursal*”. Se trata de una regla que no existe en el CPC vigente y que consiste en la fijación de los honorarios del abogado a ser pagados por aquel que interpuso un recurso, el cual fue rechazado. Obviamente, tal regla fue formulada como forma de desestimular la interposición de recursos meramente temerarios y dilatorios y que viene, en buena hora, debido a que, probablemente, disminuirá la interposición irresponsable de recursos.

Otra alteración interesante fue la unificación, casi por completo, de los plazos para recurrir. Actualmente, en Brasil existe un número expresivo de recursos siendo que, muchos de ellos, poseen plazos distintos, lo que acaba por dificultar la comprensión del lego e, incluso, de aquellos que trabajan en el día a día forense.

El § 1º del art. 1.007 de la última versión del Proyecto de nuevo CPC, definió que “Exceptuados los embargos de declaración, el plazo para interponer los recursos y para responderlos es de quince días”. Tal regla eliminó el desorden que existe hoy en torno a los plazos para interponer los recursos. En la misma disposición legal, el legislador previó los recursos de apelación, agravio de instrumento, agravio interno, embargos de declaración, recurso ordinario, recurso especial, recurso extraordinario, agravio de admisión y embargos de divergencia. Como se ve, el Proyecto de nuevo CPC eliminó el “agravio retenido” (“agravo retido”) y los “embargos infringentes”, que son dos recursos actualmente previstos en el CPC en vigor.

El agravio objeto del recurso que actualmente se contempla se dirige en contra de las interlocutorias cuya preclusión se quiere evitar y su apreciación puede ser requerida en sede de apelación que, a su vez, es dirigida contra la sentencia. En el Proyecto, como no hay agravio, la parte interesada podrá interponer su apelación y, en ella, impugnar la sentencia interlocutoria emitida durante la fase de conocimiento, sin que, por ello, le sea exigida previo **agravo retido**. A la vez, según el Proyecto,<sup>25</sup> bastará que la parte

---

23. El CPC vigente señala que no se puede rematar un bien por un precio vil, pero no regula lo que viene a ser el precio vil, dejando tal delimitación para la jurisprudencia. El Proyecto de nuevo CPC, en contraste, prescribe: “Art. 907. Não será aceito lance que ofereça preço vil. Parágrafo único. Considera-se vil o preço inferior ao mínimo estipulado pelo juiz e constante do edital. Não tendo sido fixado preço mínimo, considera-se vil o preço inferior a cinquenta por cento do valor da avaliação.”

24. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal, 2010, pág. 16.

25. Es la última versión del Proyecto: “Art. 1.022. Da sentença cabe apelação. § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, têm de ser impugnadas em apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões. Sendo suscitadas em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em quinze dias, manifestar-se a respeito delas. § 2º A impugnação

recurra contra la decisión desde le compete intervenir en el proceso y, posteriormente, impugnarla por la vía de la apelación. En caso que sea una sentencia interlocutoria calificada de urgente, – como es en el caso de las acciones de tutelas de urgencia – la parte perjudicada podrá interponer, de plano, el escrito del recurso, no siendo exigido esperar la sentencia de apelación.

Los “embargos infringentes” son procedentes, hoy, contra las decisiones de los tribunales que los decretan en su mayoría, contra sentencias en instancia de apelación o juzgan procedente dicho decreto, también en su mayoría, se formula como una acción rescisoria, la cual es una acción que permite rescindir una sentencia emitida por el tribunal competente. El recurrente, en los embargos, busca revertir el resultado del proceso, o sea, convencer al tribunal de que la decisión adoptada no debe prevalecer por sobre la cual dicha parte procura. Sin embargo, muchos autores estiman que tal recurso no es necesario, siendo eso motivo de eliminación hasta hoy.

### 3. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO DE LEY QUE REFORMA EL PROCESO CIVIL CHILENO

#### 3.1. INTRODUCCIÓN

*El actual modelo procesal civil chileno, data de 1903, año en el cual entró en vigencia el Código de Procedimiento Civil. Se trata de un cuerpo legal basado en la forma escrita acorde con la época de su dictación pero que hoy reclama una pronta reforma para brindar rapidez y eficacia en la respuesta jurisdiccional atendido el evidente atascamiento de los juicios en los Juzgados de Letras Civiles. La creciente población chilena y el desarrollo de la economía durante más de un siglo ha provocado una creciente demanda de tutela de los derechos e intereses legítimos de los justiciables, razón por la cual, durante el primer decenio del siglo XXI se ha intentado de modernizar el sistema de enjuiciamiento civil.*

*La estructura actual del sistema de enjuiciamiento civil se basta principalmente de tres procedimientos básicos: el procedimiento ordinario de mayor cuantía (arts. 253 y ss. CPC), el sumario (arts. 680 y ss. CPC) y el procedimiento ejecutivo (arts. 434 y ss. CPC). Junto a éstos, existen otros tantos procedimientos especiales a los cuales no nos referiremos en este momento. Solo con ánimo de graficar la dilatada tramitación que tiene el juicio ordinario de mayor cuantía, este se compone de: demanda, contestación, réplica, dúplica, audiencia de conciliación, término probatorio, observaciones a la prueba y una etapa de sentencia<sup>26</sup>. Si analizamos*

---

prevista no § 1º pressupõe a prévia apresentação de protesto no primeiro momento que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.”

26. Una explicación sobre el procedimiento ordinario de mayor cuantía, entre otros, *cf.* Bordalí Salamanca, Andrés, Cortes Matcovich, Gonzalo, Palomo Vélez, Diego, *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía*, Abeledo Perrot/Thomson Reuters, Santiago, 2013, págs. 99 y ss.; Figueroa Yávar, Juan Agustín, Morgado San Martín, Erika, *Procedimientos civiles e incidentes*, Abeledo Perrot/Thomson Reuters, Santiago, 2013, págs. 41-246;

*conservadoramente en cuanto a los plazos, un juicio tardaría, por lo menos, unos ocho meses. Sin embargo, dada la imperante escrituración, la desconcentración de trámites o actuaciones judiciales, la abundancia de incidentes que se pueden promover, aquel tiempo es tan solo una onírica pretensión.*

*Por lo anterior es que a nuestro legislador se le ha presentado un proyecto que no abandone los escritos iniciales de la etapa de discusión, mas sí adopte un sistema de audiencias con el objeto de preparar la exposición de pruebas e incidentes y exista una rápida y eficaz respuesta jurisdiccional. Lo que se busca es que existan procedimientos en los cuales impere la oralidad, la concentración de actuaciones judiciales y una mayor intermediación entre las partes y el juez, con el objeto que exista una comunicación fluida entre los diferentes actores del proceso. Esto es, simplemente, un reflejo de la práctica legislativa que ha reformado nuestros tribunales y procedimientos desde el año 2000, donde se inicia la Reforma Procesal Penal, seguida por la Reforma a la Justicia de Familia, Tribunales del Trabajo y la Justicia Tributaria y Aduanera. Es así como se busca que las partes puedan acceder a procesos menos engorrosos, expeditos y económicamente más favorables, ayudando a descongestionar los ya atochados Juzgados de Letras Civiles.*

### **3.2. PRINCIPALES ALTERACIONES PROPUESTAS POR EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL CHILENO**

El Mensaje del Proyecto de Ley enviado por el Presidente de la República al Congreso Nacional señala que las principales novedades que busca introducir este nuevo código son la oralidad, intermediación entre el juez y las partes y estos mismos con la prueba, la valoración racional de ésta conforme a las reglas de la sana crítica y la concentración de las etapas procesales. Estas pueden considerarse como las principales innovaciones, sin perjuicio que existan otras como puede ser el Oficial de Ejecución, el cual explicaremos posteriormente.

La mayoría de las etapas del juicio ordinario de mayor cuantía se realizan de forma escrita. A la vez, las resoluciones judiciales, sean sentencias definitivas, sentencias interlocutorias, autos, decretos, providencias o proveídos (art. 158 CPC), todas son redactadas en papel. Sin embargo, se reserva la oralidad para la audiencia de conciliación y la presentación de prueba testimonial y absolución de posiciones sin perjuicio de la relación y los alegatos en los recursos que fueren procedentes. En ese orden de ideas, la Reforma no viene a concentrar sus esfuerzos en la oralidad absoluta. En otras palabras, se busca un equilibrio reservando la escrituración para determinados trámites, como por ejemplo la presentación de la demanda y su contestación y la oralidad para otras etapas, como las audiencias preparatorias subsanadoras de presupuestos procesales, de proposición de pruebas y finalmente una audiencia definitiva de prueba. Es

---

Carocca Pérez, Álex, *Manual de derecho procesal. Los procesos declarativos*, edit. Lexis-Nexis, 2003, págs. 1 y ss.; Rodríguez Papic, Ignacio, *Procedimiento civil. Juicio ordinario de mayor cuantía*, (revisada y actualizada por Cristián Maturana), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 7ª edic., 2006, págs. 3 y ss.

por ello que el legislador busca concebir un sistema mixto donde se misturen ambas formas, todo en pro de una mayor agilidad fomentando en todo momento la buena fe, la economía procesal, la concentración y la inmediación<sup>27</sup>.

Una de las consecuencias de la oralidad es la proximidad en la comunicación existente entre las partes, el juez y estos con la prueba. Es así como se busca que el ánimo del legislador sea que los actores procesales puedan tener un trato directo entre ellos. Actualmente, el papel es la comunicación entre el magistrado y las partes, siendo este un mecanismo bastante falto de personalidad, existiendo en reducidas ocasiones un contacto con el juez, propiamente tal. El nuevo sistema busca evitar aquello, teniendo en cuenta que la percepción personal que el juez pueda hacerse del procedimiento es la vía más idónea para acercarse e impregnarse de la demanda, la defensa y las pretensiones de cada una de estas.

Así mismo, la prueba es conocida directamente, hay una confrontación directa entre aquella parte que presenta un medio probatorio y su contrincante. Siendo así, el juez puede observar con una mayor proximidad personal e intelectual los hechos controvertidos del procedimiento, los objetos por los cuales se comprobará la existencia y fundamento de las pretensiones y los argumentos para desvirtuarla. A la vez, se han fijado ciertos momentos para poder presentar la prueba, precluyendo el derecho del litigante negligente u omiso. Para ello, las partes tendrán acceso a estos diferentes medios probatorios al menos en dos audiencias: la preliminar y la definitiva.

Otra novedad que introduce el Proyecto dice relación con una apreciación más libre de los medios de prueba, introduciendo la sana crítica como sistema general de valoración de la misma<sup>28</sup>. En el actual Código de Procedimiento Civil por regla general los medios probatorios hacen o no plena prueba. Es así como los instrumentos públicos acompañados al juicio, la confesión judicial y la inspección personal del tribunal

---

27. Sobre la oralidad y sus consecuencias en el proceso civil *cf.* Palomo Vélez, Diego, “La audiencia previa y el modelo procesal civil oral: consideraciones en torno a una pieza procesal clave”, en *Reforma procesal civil. Oralidad y poderes del juez*, edit. Abeledo Perrot/Legal Publishing, Santiago, 2010, págs. 45-67; Palomo Vélez, Diego, “La prueba en el proceso civil chileno: ¿una actividad asumida con suficiente seriedad?”, en *Reforma procesal civil. Oralidad y poderes del juez*, edit. Abeledo Perrot/Legal Publishing, Santiago, 2010, págs. 69-77; Palomo Vélez, Diego, “Los deberes de aviso e información del juez y de esclarecimiento y colaboración de las partes y una cuestión que ha vuelto a ponerse de moda: los poderes del juez civil. Comentario de una conferencia”, en *Reforma procesal civil. Oralidad y poderes del juez*, edit. Abeledo Perrot/Legal Publishing, Santiago, 2010, págs. 369-380.

28. El Mensaje del Proyecto de Ley indica que: “En consonancia con los demás sistemas reformados, pero con ciertas atenuaciones justificadas en el respeto a normas sustantivas tradicionales y al principio de seguridad en el tráfico jurídico, se consagra la primacía de la sana crítica como sistema general y subsidiariamente, el de apreciación legal de la prueba. De esta manera, el tribunal podrá apreciar la prueba con libertad siempre que no contradiga los criterios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, salvo texto legal que expresamente contemple una regla legal para una apreciación diversa, lo que importa con ello la eliminación general de todas las restricciones legales y de la regulación del valor probatorio específico de cada medio, propios de un sistema de prueba legal o tasada. Con todo, el sistema se atenúa en forma excepcional, principalmente, en la regulación de algunos medios de prueba, como los documentos, así como respecto de las presunciones de derecho y las meramente legales y de los actos o contratos solemnes, los cuales sólo pueden ser probados por medio de la respectiva solemnidad.”

constituyen una prueba fehaciente y plena de ciertos hechos objeto de prueba. El resto de los medios probatorios en ciertos casos pueden producir plena prueba, cuando se cumplen ciertos requisitos que dispone la ley como ocurre por ejemplo con la prueba de testigos y las presunciones. En ese sentido, la nueva legislación busca que la prueba siempre sea apreciada por las reglas de la sana crítica<sup>29</sup>. Es decir, el magistrado podrá de acuerdo a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos afianzados valorar de distinta manera los diferentes medios que las partes hagan valer en juicio, dictando siempre una sentencia motivada. A la vez, los medios probatorios no se encuentran taxativamente enumerados en la ley, siendo esto otra gran novedad al disponer la libertad de medios de prueba.

Por último, el proyecto busca concentrar las etapas procesales. Como ya hemos ejemplificado, nuestro actual juicio ordinario de mayor cuantía tiene una gran cantidad de trámites y estadios diferentes, pudiendo un mismo juicio dilatarse durante años. Es así como el Proyecto contempla una disminución de las etapas procesales, centrándose en una parte de discusión escrita donde se presenta la demanda y la defensa de la misma, los recursos e incidentes que deben ser vistos fuera de audiencia. El artículo 8º consagra esto al señalar que:

“Las audiencias se desarrollaran de manera continua, y sólo en los casos en que no fuere posible concluir las podrá prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión.

El tribunal procurará concentrar en una misma oportunidad procesal todas las actuaciones que así lo permitan, siempre que ello no importe indefensión a una o ambas partes ni afecte su igualdad de oportunidades”.

### **3.3. ALGUNAS CONSIDERACIONES TEÓRICAS DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL CHILENO, ESPECIALMENTE RESPECTO DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR O PREPARATORIA**

El Proyecto de Ley que pretende modificar la justicia civil en Chile tiene en cuenta los diversos problemas que presenta nuestro actual sistema de enjuiciamiento. Las principales críticas que se pueden hacer, entre otras, la excesiva formalidad de ciertos trámites producto de la escrituración; la lenta respuesta jurisdiccional que pugna con un procedimiento adecuado eficiente y rápido; la poca intermediación que existe entre el juez y las partes especialmente en la etapa de prueba; la dispersión de etapas o actuaciones judiciales; la amplia posibilidad de interponer incidentes dilatorios; un amplio sistema de recursos contra la mayoría de las resoluciones judiciales; una creciente y exponencial necesidad de justicia que claman las personas; la lentitud del sistema actual de ejecución ya sea de resoluciones judiciales y de títulos ejecutivos; etc.

---

29. Un estudio sobre la sana crítica *cfr.* Coloma Correa, Rodrigo, “¿Realmente importa la sana crítica?”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, 2012, N° 3, págs. 753-781; Laso Cordero, Jaime, “Lógica y sana crítica”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, 2009, N° 1, págs. 143 – 164; González Castillo, Joel, “**La fundamentación de las sentencias y la sana crítica**”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, 2006, N° 1, págs. 93-107.

La reforma procesal civil busca resolver todos estos problemas y para ello se ha construido un nuevo Código, aún en tramitación ante el Congreso Nacional, que se inspira en instituciones modernas del Derecho procesal, en ciertos principios naturales a todo proceso como el debido proceso, la bilateralidad de la audiencia, la igualdad de armas y la imparcialidad del juzgador; y en ciertos principios informativos del procedimiento como son la concentración, publicidad, inmediación y buena fe, todos los cuales interactúan durante el procedimiento regido por la forma oral.

Para explicar el funcionamiento pretendemos hacer ciertas referencias teóricas al proyecto de ley, las cuales pasaremos a explicar:

### **3.3.1. LA AUDIENCIA PREVIA O SUBSANADORA DE PRESUPUESTOS PROCESALES Y ÓBICES PROCESALES**

Destaca en la audiencia preliminar la posibilidad de controlar los presupuestos procesales, es decir, se trata de una audiencia previa subsanadora o correctora de vicios para efectos que las partes y el juez puedan controlar la observancia de estos requisitos de validez de todo juicio, con el objeto que este último quede habilitado o en condiciones de dictar una sentencia sobre el fondo del asunto controvertido. En los actuales procedimientos sumarios y ejecutivos la ausencia de uno de los presupuestos procesales implica la pérdida del litigio, pues, no hay posibilidad de controlarlos en forma previa y obtener, posteriormente, una sentencia sobre el fondo del asunto lo cual es contradictorio con las orientaciones modernas del derecho procesal. En efecto, los artículos 471 y 691 CPC referidos a los procedimientos ejecutivo y sumario,<sup>30</sup> respectivamente, permiten que la sentencia definitiva sea absolutoria en la instancia por acoger una excepción procesal que tiene por objeto corregir la falta de un presupuesto procesal.

En el derecho comparado, algunas legislaciones estatuyen una audiencia previa o despacho saneador que tiene por objeto, entre otros, la subsanación de los defectos o irregularidades de la relación procesal<sup>31</sup>. La experiencia comparada es abundante. Así,

30. Por razones de economía procesal y para efectos de evitar que se dicten sentencias absolutorias en la instancia, la jurisprudencia ha dispuesto que ciertos incidentes cuya causa es posterior al comparendo de estilo se promuevan con posterior a la realización de la audiencia, de acuerdo a las reglas de los art. 64, 83, 85 y 86 del CPC., y que algunos incidentes como los de nulidad por falta de emplazamiento, desistimiento de la demanda y sustitución de procedimiento, sean resueltos antes de la sentencia definitiva. *Cfr.* CA. de Pedro Aguirre Cerda, 3 de abril de 1984, *RDJ.*, t. LXXXI, sec. 2ª, pág. 35.

31. Sobre los contenidos y fines de la audiencia previa *cfr.* Palomo Vélez, Diego, “La audiencia previa y el modelo procesal civil oral: consideraciones en torno a una pieza procesal clave”, en *Reforma procesal civil. Oralidad y poderes del juez*, edit. Abeledo Perrot/Legal Publishing, Santiago, 2010, págs. 45-67. El autor señala que “... el modelo de proceso por audiencias antepone a la celebración del juicio una audiencia o vista previa, la que con un carácter preliminar-preparatorio sirve, entre otras finalidades, para remover tempranamente del proceso todos los obstáculos u óbices procesales que pudieran existir y para preparar adecuadamente la actividad que constituye el eje central de todo juicio, la prueba, ya sea precisando los límites de la controversia existente entre las partes, ya sea delimitando el tema probandi” (pág. 48). Esta institución se puede encontrar regulada en ordenamientos procesales como el portugués, brasileño, uruguayo, alemán, italiano y austriaco. En el mismo sentido *cfr.* Do Passo Cabral, Antonio, *Nulidades no processo moderno: contraditorio, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*, edit. Gen/Forense, Rio de Janeiro, 2ª edic., 2010, págs. 243-247.

entre otros ordenamientos, por ejemplo, los parágrafos 84 y 85 de la ZPO Austriaca establecen la posibilidad que el juez, ante un defecto del acto procesal, determine su rectificación, lo que se traduce en un ejemplo de prevención de la nulidad<sup>32</sup>. En Alemania, el parágrafo 139 de la ZPO, denominado impulso procesal material, impone un deber de esclarecimiento y una función saneadora la cual se llevará a cabo en esta audiencia preliminar<sup>33</sup>. Este deber de cooperación también está establecido en el ordenamiento portugués, disponiendo el artículo 266 del Código de Processo Civil que las partes y el juez deben concurrir a la justa composición del litigio. Luego el artículo 266-B establece el deber de recíproca corrección entre los sujetos del proceso. Esto debe relacionarse con lo dispuesto en el artículo 508.1 letra b) que faculta al juez para que incite a las partes a superar las deficiencias o irregularidades, fijando un plazo para la corrección de los vicios. Además, el artículo 508-A establece la audiencia preliminar disponiendo entre otras cosas que en ella se podrán deducir y apreciar las excepciones dilatorias, delimitar los términos del litigio, suplir las imprecisiones en la exposición de los hechos, etc.

A nivel latinoamericano, destacan las legislaciones de Argentina y Uruguay, permitiendo ambas subsanar los defectos o irregularidades procesales con el objeto de prevenir la nulidad procesal o la ineficacia del proceso. Así, por ejemplo, en Argentina, el artículo 34 N° 5 letra b) del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece como deber del juez dirigir el procedimiento, debiendo, dentro de los límites expresamente establecidos en este Código, señalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos u omisiones de que adolezca, ordenando que se subsanen dentro del plazo que fije, y disponer de oficio toda diligencia que fuere necesaria para evitar o sanear nulidades. En Uruguay, el artículo 24 N° 9 del Código General del Proceso establece que el tribunal está facultado para declarar de oficio y de plano las nulidades absolutas e insubsanables y para disponer las diligencias que persigan evitar dichas nulidades. Lo mismo puede decirse del ordenamiento Brasileño.

---

32. Cfr. Do Passo Cabral, Antonio, Do Passo Cabral, Antonio, *Nulidades no processo moderno: contraditorio, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*, edit. Gen/Forense, Rio de Janeiro, 2ª edic., 2010, pág. 245.

33. Según explica Pérez Ragone, Alvaro J., Ortiz Pradillo, Juan Carlos, *Código procesal civil alemán (ZPO)*, Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo, edit. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2006, págs. 54-55, "el tribunal debe ejercer su deber de esclarecimiento para corregir errores en la manifestación de cuestiones de hecho y de derecho que las partes no hayan podido observar o que hayan sido consideradas por estas como irrelevantes, en vinculación con los puntos de vista diferentes que pueda asumir el tribunal, de acuerdo con el parágrafo 139 apartado 2, segunda oración, ZPO. De esta manera, el conjunto de deberes y facultades permiten y deben ser interpretados dentro del marco de confianza entre las partes y el tribunal que debe regir el proceso. Entiéndase ello como que las partes no deben temer la aplicación de desventajas como de sanciones procesales, cuando el tribunal es el que incurre en fallas o en demoras dentro del proceso, de acuerdo con la decisión del BVerfGE de 1951. Estos deberes recaen sobre el juez en su ejercicio, y de manera secundaria, en las partes, en tanto puedan y deban ser observados por éstas. En síntesis, las partes deben confiar en que el tribunal dirigirá e impulsará el proceso en lo que le corresponde, como es y sea de esperar de un juez, de acuerdo con la decisión del BVerfGE, de 1978. Sencillamente, esta relación de confianza es la que da el marco para que las partes y sus abogados no se encuentren o se sientan en una relación de presión".

Las excepciones previas están reguladas en el artículo 267 del proyecto, y éstas dicen relación con la oposición de excepciones procesales, materiales y de ciertos óbices procesales que impiden continuar con el juicio. Todas ellas se oponen en la contestación de la demanda. Dentro de las excepciones procesales están la falta de jurisdicción o la incompetencia del tribunal (Nº 1); la ineptitud del libelo por incumplimiento de los requisitos del artículo 253 (Nº 3); la incapacidad del actor o la falta de personería o representación del que comparece a su nombre (Nº 4); la falta de constitución de un litisconsorcio necesario, sea activo o pasivo (Nº 5); y cualquier otro defecto que pudiera afectar la existencia, validez o eficacia del proceso (Nº 12). También se contemplan como excepciones previas algunas que no tienen naturaleza procesal sino material, como la prescripción de la acción (Nº 6); la caducidad del derecho (Nº 7); la cosa juzgada (Nº 8); la falta manifiesta de legitimación o interés (Nº 9); y el pago efectivo de la deuda (Nº 10). Finalmente, también se opondrán como excepciones previas la litispendencia (Nº 2) y el beneficio de excusión (Nº 11), las cuales no son presupuestos procesales sino que constituyen óbices procesales que generan el mismo efecto que la inobservancia de un presupuesto procesal, esto es, que exista una sentencia absolutoria en la instancia. Esos impedimentos procesales no pueden ser controlados por el juez de oficio, pues, corresponde a las partes su denuncia.

En cuanto a la tramitación y fallo de las excepciones previas ello se lleva a cabo en la audiencia preliminar (art. 286). En caso que el tribunal no cuente con antecedentes suficientes para resolver las excepciones de prescripción de la acción (Nº 6); la caducidad del derecho (Nº 7); la cosa juzgada (Nº 8); la falta manifiesta de legitimación o interés (Nº 9), entonces reservará la resolución para la sentencia definitiva.

### ***3.3.2. ALGUNAS REFLEXIONES EN CUANTO A LA FALTA DE LEGITIMACIÓN***

Mención especial merece la excepción de falta de legitimación manifiesta (Nº 9). La legitimación es concepto discutido, del que se ha dicho de todo<sup>34</sup>. ¿Es un presupuesto o condición para obtener una sentencia favorable (condición de la acción) o se trata de un presupuesto procesal? En cuanto al concepto, De la Oliva sostiene que se trata de una “cualidad de un sujeto jurídico consistente en hallarse, dentro de una situación jurídica determinada, en la posición que fundamenta, según el Derecho, el reconocimiento a su favor de una pretensión que ejercita (legitimación activa) o a la exigencia, precisamente respecto de él, del contenido de una pretensión (legitimación pasiva)”<sup>35</sup>. Córdón Moreno explica que la legitimación “hace siempre referencia a una determinada relación del sujeto con la situación jurídica sustancial deducida en juicio,

34. Sobre esta discusión *vid.* Montero Aroca, Juan, *La legitimación en el proceso civil*, edit. Civitas, Madrid, 1994, págs. 37-44.

35. *Cfr.* De la Oliva Santos, A., Fernández, M.A., *Derecho procesal civil*, edit. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 3ª edic., Madrid, 1992, t. I, pág. 439.

que se concreta la mayoría de las veces en su titularidad<sup>36</sup>. Respecto a si se trata de un problema de forma o de fondo<sup>37</sup>, cierta doctrina postula que se trata de una cuestión de fondo fundada en que debe resolverse en la sentencia y, en consecuencia, la legitimación constituye un presupuesto de la acción y no un presupuesto procesal<sup>38</sup>. Otros explican la legitimación como un presupuesto procesal<sup>39</sup>. Consideramos la legitimación como una condición de la acción, consistente en la determinación de quiénes son “justas partes” en un litigio o legítimos contradictores<sup>40</sup>. No es baladí sostener que la legitimación sea un presupuesto procesal o una condición de la acción. Estas cuestiones deben distinguirse, pues, los efectos procesales que genera la falta de aquel o de ésta son diversos.

Si se considera que la legitimación es un presupuesto procesal<sup>41</sup> entonces constituiría una condición o requisito necesario para que el juez que está llamado a conocer del litigio pueda entrar a resolver el fondo del asunto controvertido. Además, si la legitimación constituye un presupuesto procesal pareciera que debiera ser controlada al inicio del proceso a través de una excepción procesal y, en caso de faltar, la sentencia absolutoria en la instancia no produciría cosa juzgada, pues, no se estaría resolviendo sobre el fondo del asunto sino que respecto a la falta de un presupuesto procesal que permite volver a debatir la cuestión de fondo controvertida<sup>42</sup>.

- 
36. Córdón Moreno, Faustino, “La legitimación activa del comunero para actuar en juicio en interés de la comunidad: Ley 372, III del Fuero nuevo de Navarra” en *Revista Jurídica de Navarra*, 2007, N° 44, pág. 117.
37. Para analizar las diversas posturas *vid.* Cabañas García, Juan Carlos, *La tutela judicial del tercero*, edit. Dijusa, 2005, págs. 25-90.
38. En este sentido Romero Seguel, Alejandro, “Curso de derecho procesal Civil. La acción y la protección de los derechos”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, t. I., pág. 93; Ortells Ramos, Manuel, *Derecho procesal civil*, edit. Thomson – Aranzadi, 7ª edic., Navarra, 2007, pág. 155; De la Oliva Santos, A., Fernández, M.A., *Derecho procesal civil*, edit. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 3ª edic., 1992, t. I, págs. 439-440; Prieto – Castro y Ferrándiz, Leonardo, *Tratado de derecho procesal civil*, edit. Aranzadi, Pamplona, 1982, t. I, pág. 323.
39. En este sentido Montero Aroca, Juan, *La legitimación en el proceso civil*, *op. cit.*, págs. 35 y 113-114. En nuestro derecho adopta esta posición Bordalí Salamanca, Andrés, “Legitimación activa del Estado para demandar la reparación del ambiente dañado y una indemnización de perjuicios (Corte Suprema)”, en *Revista de derecho* (Universidad Austral), vol. XXIII, N° 2, diciembre 2010, pág.234.
40. *Cfr.* Romero Seguel, Alejandro, “Curso de derecho procesal Civil. La acción y la protección de los derechos”, *op. cit.*, t. I., pág. 87; Liebman, Enrico, *Manual de derecho procesal civil* (traducción del italiano por Santiago Sentís Melendo), edit. E.J.E.A., Buenos Aires, 1980, págs. 66 y 117; Satta, Salvatore, *Manual de derecho procesal civil* (traducción de Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa), edit. E.J.E.A., Buenos Aires, 1971, t. I, pág. 86. También véanse las obras clásicas sobre la legitimación de Montero Aroca, Juan, *La legitimación en el proceso civil*, edit. Civitas, 1994, *passim*; Gozáini, Osvaldo, *La legitimación en el proceso civil*, edit. Ediar, Buenos Aires, 1996, *passim*.
41. Sobre la concepción moderna de los presupuestos procesales y su control de oficio *vid.* Hernández Galilea, Jesús Miguel, *La nueva regulación de la nulidad procesal*, edit. Forum, Oviedo, 1995, págs. 87 – 96; Romero Seguel, Alejandro, “El control de oficio de los presupuestos procesales y la cosa juzgada aparente. La capacidad procesal”, en *Revista Chilena de Derecho*, 2001, vol. 28, N° 4, págs. 781 – 789; López Simó, Francisco, *La jurisdicción por razón de la materia*, edit. Trivium, Madrid, 1991, págs. 44 y ss.
42. En cuanto a la oportunidad para controlar la falta de legitimación, independiente de su naturaleza jurídica de presupuesto procesal o como una condición de la acción, se discute si debe apreciarse al inicio del proceso o en el momento de dictar sentencia. La cuestión es discutible y la solución pasa en que si se controla al inicio puede implicar una vulneración del derecho de tutela judicial, en cambio, si se aprecia al final del proceso la

En cambio, si la legitimación se considera como una condición de la acción la respuesta es negativa atendido que ésta sólo será analizada al momento de dictar sentencia definitiva que se pronuncie sobre el mérito del proceso y aquella producirá cosa juzgada, pues, se trata de una decisión sobre el fondo del asunto. De otra forma, como bien explica Montero Aroca al referirse a la visión clásica de la legitimación, “los temas de forma o procesales condicionan el que se dicte una sentencia sobre el fondo del asunto; el tema de fondo condiciona el concreto contenido de la sentencia. Si falta un presupuesto procesal como es la capacidad, no se dicta sentencia sobre el fondo, sino meramente procesal o absolutoria en la instancia; si falta la legitimación sí se dicta sentencia sobre el fondo, denegándose en ella la tutela judicial pedida”<sup>43</sup>.

La jurisprudencia ha entendido que la legitimación constituye una cuestión de fondo, pues ha sostenido que: “...en efecto, como lo sostiene el demandado, todas sus alegaciones que dicen relación con la legitimación para obrar no tienen por objeto corregir vicios del procedimiento sino que tienden a destruir la acción misma, atacando el derecho en sí que tiene el demandante, lo que indudablemente está referido al fondo de la cuestión que se debate, y ello hace que deba desecharse la pretensión del demandado de considerar dicha excepción como dilatoria”<sup>44</sup>.

Para nosotros la legitimación es una condición de la acción<sup>45</sup> y no un presupuesto procesal por lo que si una de las partes no detenta esta calidad de “justa parte activa o pasiva” igualmente podrá realizar válidamente actos procesales no obstante, en el período decisorio el tribunal deberá dictar una sentencia desestimatoria de la pretensión por faltar un requisito o condición indispensable de la acción. Por eso, la legitimación no forma parte de la aptitud de los actos procesales sino una condición indispensable de la acción (como derecho a una sentencia favorable) que de verificarse importa que el tribunal se pronuncie sobre el fondo (objeto del proceso) y acoja la pretensión deducida siempre que también exista una causa de pedir y que la controversia jurídica sea posible de ser tutelada por el juez (accionabilidad, *petitum*).

El proyecto de ley permite controlar este requisito de la acción de manera previa, como causal de inadmisión de la demanda (art. 258) y en la audiencia preliminar (como excepción), cuando la inobservancia de ella es manifiesta. En cuanto a la falta

---

falta de legitimación atenta contra la economía procesal pues se desarrolló un proceso inútil. Por otra parte, y dependiendo de la naturaleza jurídica que se asigne a la legitimación, dependerá si ésta puede ser controlada de oficio o si es necesaria que sea denunciada por la parte.

43. Montero Aroca, Juan, *La legitimación en el proceso civil*, *op. cit.*, pág. 33. En este mismo sentido Gozaíni, Osvaldo, A., *La legitimación en el proceso civil*, edit. Ediar, Buenos Aires, 2006, pág. 87.
44. *Vid.*, C.A., de Santiago, 4 de mayo de 1992, *RDJ.*, t. LXXXIX, sec. 2ª, págs. 65 – 68 (considerando 7º). En este mismo sentido *cf.*, CS., de 2 de octubre de 1996, *RDJ.*, t. XCIII, sec. 1ª, págs. 132 – 134 (considerando 1º); C.A. de Santiago, 6 de mayo de 1983, *RDJ.*, t. LXXX, sec. 2ª, págs. 40 – 42 (considerando 5º).
45. Sobre la acción y sus requisitos en el derecho chileno *vid.* Romero Seguel, Alejandro, *Curso de derecho procesal civil. La acción y la protección de los derechos*, *op. cit.*, t I, págs. 87 – 104. *Vid.* también el mismo autor “El control de oficio de los presupuestos procesales y la cosa juzgada aparente. La capacidad procesal”, *op. cit.*, págs. 784 y ss.

de legitimación manifiesta como causal para inadmitir la demanda, los jueces deberán ser cautelosos, pues, pueden dejar al demandante en la indefensión, vulnerando derechos fundamentales<sup>46</sup>.

En consecuencia, pareciera que el proyecto considera dos oportunidades para controlar la legitimación: en la audiencia preliminar, cuando la falta de legitimación es manifiesta, lo que se puede fundar en el principio de economía procesal. Otra, al momento de pronunciar la sentencia definitiva. En nuestra opinión, la manifiesta falta de legitimación sigue siendo un requisito de la acción y sólo por razones de economía procesal el proyecto de ley admite su control en la audiencia preliminar cuando su falta es manifiesta.

### ***3.3.3. RATIFICACIÓN DE LA DEMANDA Y LA CONTESTACIÓN Y, EN SU CASO, LA RECONVENCIÓN Y LA CONTESTACIÓN A LA MISMA***

También es objetivo de la audiencia preliminar (Nº 2 del artículo 280 del Proyecto) *ratificar la demanda y la contestación y, en su caso, la reconvencción y la contestación a la misma*. El proyecto impone la ratificación de la demanda, de la contestación, de la demanda reconvenccional y de la contestación de esta última. Del análisis de las normas, queda de manifiesto que sólo se trata de la ratificación de los actos procesales ya ejecutados (no se puede contestar la demanda o la reconvencción en la audiencia preliminar ni tampoco, por regla general, ampliar el objeto del proceso). Por otra parte, el actor deberá indicar en su demanda toda la prueba documental que intente valerse (art. 254 del Proyecto). En caso que no disponga de algunos de esos documentos, deberá reseñar su contenido e indicar con precisión el lugar en que se encuentra o persona que los detentare y solicitar las medidas pertinentes para su incorporación.

---

46. Estos inconvenientes ya los señaló Ortells Ramos al comentar el Anteproyecto de 2006, sosteniendo que: “Las disposiciones del ACPC/2006 que han suscitado mi preocupación, por su potencialidad lesiva del derecho fundamental reseñado, son las que, en calidad de regla general – es decir, no acotada a tipos específicos de litigios –, atribuyen a los órganos jurisdiccionales potestades de inadmisión de la demanda *in limine litis* por manifiesta falta de fundamento – hay que entender: cualquier elemento de ese fundamento – (art. 27.1), o por manifiesta falta de legitimación – es decir: manifiesta falta del específico componente del fundamento que se refiere a la atribución subjetiva de la pretensión – (art. 248, párrafo segundo). – La razón esencial por la que estas disposiciones pueden ser cuestionadas es, por decirlo castizamente, que ponen el carro delante de los bueyes. Técnicamente: niegan la entrada en el proceso con base en el pronóstico de que la pretensión que se interpone no será considerada fundada, aunque alcanzan esta conclusión prescindiendo, precisamente, de las alegaciones, de las pruebas y de la contradicción a los que, generalmente, el ordenamiento somete la verificación del fundamento de las pretensiones. Si la racionalidad de este criterio de admisión es cuestionable cuando influye en la admisión de un recurso, en mayor medida debe serlo cuando incide en la toma en consideración de una petición inicial de tutela judicial”. El autor concluía que: “Por lo demás, la norma que consideramos – tanto en su alcance más amplio, como en el más restringido al aspecto de la legitimación – me parece poco realista. Atendidas las molestias y los costes que comporta la actividad procesal, resultan estadísticamente poco significativos los casos en que alguien inicie una actividad procesal con absoluta carencia de fundamento. En mi opinión, se hace de un caso de libro una norma legal, que, además, crea más problemas que los que resuelve”

### 3.3.4. EL LLAMADO A CONCILIACIÓN

El N° 4 del artículo 280 establece que en la audiencia preliminar se llamará a conciliación. Se trata de una norma similar a existente en el artículo 262 y ss. del CPC. Se busca que el juez inste a las partes a alcanzar una solución alternativa (conciliación), sin perjuicio que ellas dentro del proceso o fuera de éste logren una solución a la controversia jurídica<sup>47</sup>. En este intento el juez propondrá bases de arreglo a las partes para que éstas solucionen total o parcialmente la controversia. Se vuelve a señalar que las opiniones del juez no lo inhabilitan para que, posteriormente, resuelva la controversia.

La audiencia preliminar constituye una buena oportunidad para que las partes puedan solucionar de común acuerdo la controversia. Esto debe relacionarse directamente con los principios de oralidad y escrituración. En efecto, el profesor Palomo Vélez, comentando el Anteproyecto de 2006 y pensando en el diseño como estos principios deben complementarse, señaló que: “las reglas procesales, entre ellas destacadamente la oralidad y la escritura, poseen un predominante carácter técnico, de allí que estén disponibles para el legislador que debe saber darles la mejor utilización posible de acuerdo a criterios de conveniencia y oportunidad. Claro está que la opción no será gratuita, pues de ella dependerá la suerte de otras reglas procesales asociadas, pero asignarles una jerarquía que no tienen significaría caer con facilidad en soluciones que, infectadas de fanatismo puramente teórico, no contribuyan al mejor desenvolvimiento del proceso civil. – Creemos que puede hablarse de la incorporación de mayores grados de oralidad al proceso sin pretender asociar esta reforma con un cambio fundamental en los principios que han sostenido históricamente al proceso civil (principio dispositivo y de aportación de parte). Asimismo, evitando desbordes, pueden obtenerse positivos resultados sin necesidad de desechar las ventajas que poseen las actuaciones escritas.

---

47. El Mensaje del proyecto de ley se refiere expresamente a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos de relevancia jurídica, expresando que: “Sin perjuicio de la importancia de la heterotutela como instrumento del Estado para el ejercicio de la función jurisdiccional, la Justicia Civil debe ser entendida como un sistema que engloba todos los mecanismos de resolución de los conflictos de intereses de relevancia jurídica que el Estado pone a disposición de los particulares, los cuales deben actuar de forma armónica. Sin duda alguna, es relevante que el legislador regule y se haga cargo no sólo de la vía jurisdiccional o adjudicativa sino también de los sistemas alternativos de resolución de conflictos, de manera tal que los ciudadanos tengan a su disposición otras vías para precaver o poner término a sus problemas de común acuerdo, tanto dentro como fuera del proceso, con o sin la asistencia de un tercero, en la medida que se trate de derechos disponibles y que, incluso, puedan convenir en acudir a un árbitro designado especialmente al efecto. Con todo, dichos mecanismos alternativos no pueden ser mirados como un sustituto de la jurisdicción ni una justificación que permita al Estado impartir una justicia de menor calidad. Por el contrario, de lo que se trata es que las partes puedan acceder a vías más adecuadas de resolución según la naturaleza y entidad del conflicto, pero siempre con la posibilidad de acudir a un proceso civil que les permita satisfacer sus pretensiones con igual eficacia y rapidez, y en condiciones que económicamente posibiliten con realidad ese acceso. En esta materia, el Código no regula la existencia de tales mecanismos ya que aquello será tarea de leyes especiales, estableciéndolos como vía externa a la sede judicial. No obstante ello, se mantiene la conciliación de las partes como eje central de los procesos declarativos aspirando a que éstas, en igualdad de condiciones y a instancias de un juez activo que proponga reales bases de solución, consensuen un término al conflicto justo y satisfactorio. En lo que respecta al arbitraje, ciertamente luego de la promulgación de la ley de arbitraje internacional, parece conveniente modernizar y adecuar la regulación del arbitraje interno, modalidad heterocompositiva, de ejercicio jurisdiccional, con larga tradición entre nosotros y respecto de la cual, he estimado conveniente innovar y proponer su regulación en una ley especial.

De hecho, en el modelo que venimos sugiriendo desde hace tiempo tanto la demanda, la contestación como la eventual reconvencción, deben continuar siendo actos que se materializan por escrito. Se entiende fácil que el carácter escrito de las alegaciones iniciales respeta la larga tradición forense y contribuye además a la fijación más adecuada de los términos del debate. – La escritura contribuye asimismo a facilitar los términos de una posible conciliación, el mejor tratamiento de las excepciones procesales y la adecuada delimitación del *thema probando*”.

La audiencia de conciliación es oral, pues a ella se llamará en algún momento de la audiencia preliminar (al finalizar y antes de recibir la causa a prueba y citar a la audiencia de juicio). Sin embargo, aunque la conciliación sea efectuada en forma oral, se dejará, asimismo, constancia de ella en un acta que firmarán el juez y las partes.

El proyecto de ley, también deja abierta la posibilidad que el tribunal pueda, en cualquier otro momento, llamar a las partes a una audiencia de conciliación, por lo que no está limitada en cuanto a su oportunidad sólo a la audiencia preliminar.

Si la acción intentada se tramita en procedimiento sumario, en la denominada audiencia sumaria se llamará a conciliación en los mismos términos indicados precedentemente (art. 357 N° 7 del proyecto).

Finalmente, se reconoce expresamente que la conciliación constituye un equivalente jurisdiccional al disponer que el acta de la misma producirá los mismos efectos de una sentencia definitiva ejecutoriada, es decir, cosa juzgada. De igual manera que existe en la actualidad, el acta de avenimiento aprobada por tribunal competente constituirá título ejecutivo, tal como lo dispone el artículo 418 N° 4 del proyecto.

### **3.3.5. LA AUDIENCIA PRELIMINAR Y LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO CONTROVERTIDO Y DEL OBJETO DE LA PRUEBA**

En la audiencia preliminar se deben analizar varios aspectos del derecho a la prueba, la cual se rendirá en la audiencia de juicio (art. 280 N° 6, 7 y 8 del Proyecto).

En primer lugar, el tribunal debe determinar cuál es el asunto controvertido. Para eso resultan fundamentales los escritos de discusión en los que las partes deben fijar el objeto del proceso. En virtud del principio dispositivo son las partes las que inician el proceso y quienes fijan o determinan su objeto<sup>48</sup>. En otras palabras la determinación del objeto del proceso en el ámbito civil corresponde configurarlo exclusivamente a las partes, ello sin perjuicio de la facultad del juzgador para realizar un ajuste razonable

---

48. Contrario al principio dispositivo es el principio de la oficialidad que consiste en que el inicio del proceso y la determinación de su objeto no pertenece a las partes sino que a órganos públicos, incluyendo a l propio tribunal. La justificación del principio de la oficialidad se funda en aquellos casos en donde existe un interés público comprometido, en los cuales el objeto del proceso no es disponible para las partes. El proceso penal está informado bajo este principio informativo. Véase Carocca Pérez, Alex, *Manual de derecho procesal. Los procesos declarativos*, edit. Lexis-Nexis, 2003, pág. 30. Consúltese también la distinción entre el principio dispositivo y el de aportación de parte en Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, edit. Temis, 5ª edic., Bogotá, 2002, t. I, págs. 71-72.

a los pedimentos de los litigantes, siempre que no se altere el objeto del proceso. Tradicionalmente se explica este principio bajo la fórmula latina “*nemo iudex sine actore*” (no hay juicio sin parte). En virtud del principio dispositivo le corresponde a las partes tanto al inicio del proceso civil como la aportación de los materiales probatorios que ha de regir el proceso, especialmente reflejados en la sentencia definitiva que pone término al proceso.

Se critica, y con cierta razón, que los códigos de procedimiento civil inspirados en el principio dispositivo reconocen escasas facultades a los jueces convirtiéndolos en meros espectadores o directores del debate. Esta objeción no es fácil de resolver a la hora de fijar cuáles son los límites que deberían atribuirse al juez, especialmente en lo que respecta al contenido del objeto del proceso, que como sabemos, conforme a este principio, lo fijan exclusivamente las partes. El extremo de este punto proviene de las denominadas corrientes socializadoras del proceso que propugnan un aumento de las facultades de los jueces incluso, por razones de clase, esto es para proteger a ciertos y determinados grupos de intereses respecto de los cuales los jueces se convertirían en defensores (por ejemplo arrendatarios, trabajadores, menores, etc.).

Consideramos que la crítica anterior se ve morigerada porque el proyecto atribuye al juez mayores poderes de dirección, dentro de los cuales está la facultad de determinar en la audiencia previa, qué es lo que se probará posteriormente en el proceso (audiencia de juicio). Esta facultad se comprende de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 69, que entrega al juez una función de director del debate, dispondrá la realización de los actos procesales que correspondan, moderará la discusión, etc. Pero los poderes del juez dicen relación con sus facultades para dirigir el debate, moderar la discusión e impulsar el proceso, pero no se le permite inmiscuirse en asuntos propios que deben fijar las partes, en virtud del principio dispositivo que queda plenamente vigente según expresa el Mensaje.

Estos mayores poderes del juez se aprecian en el Mensaje. En efecto, este señala que *“consecuente con lo anterior, y entendiendo que el proceso civil no es un mero instrumento para la resolución de un conflicto intersubjetivo de intereses privados entre las partes y en el cual al juez sólo le cabe un papel de mero observador hasta el momento de dictar sentencia, el nuevo Código consagra un cambio de paradigma en la concepción del rol y poderes del juez respecto del proceso y el sentido tradicional en que se ha entendido el principio dispositivo o de justicia rogada que inspira nuestro actual proceso civil, sin por ello derogarlo, sino al contrario, manteniendo su plena vigencia. Así, por ejemplo, la iniciativa del proceso civil, la determinación del objeto del mismo, la aportación de pruebas – salvo excepciones – y la utilización de los medios de impugnación, corresponde exclusivamente a las partes. En cuanto al impulso y dirección del proceso, el nuevo Código otorga un rol protagónico y activo al juez, pudiendo adoptar de oficio las medidas necesarias para su válido, eficaz y pronto desarrollo, de modo de conducirlo sin dilaciones indebidas, a la justa decisión del conflicto. Por otra parte, se le confiere un mayor protagonismo en el conocimiento de los asuntos, dotándolo de la facultad de decretar, hasta la audiencia preliminar, diligencias de prueba para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, pero respetando*

*siempre el derecho de defensa de las partes. Se ha estimado que la determinación de la verdad de los hechos sometidos a juzgamiento, es un presupuesto indispensable de una sentencia que resuelva el conflicto en forma justa y, por ello, no cabe escatimar a ese respecto la intervención del Juez”.*

En el sentido que explicamos, al juez le corresponde fijar el asunto controvertido, pero en base a los hechos que señalaron las partes. Lo mismo se aplica cuando se aleguen hechos complementarios, nuevos o desconocidos en virtud de lo dispuesto en el artículo 276 del proyecto.

Establecido cuál es el asunto controvertido, el juez debe determinar qué hechos de los que comprenden la controversia son pertinentes, substanciales y controvertidos. En este sentido aquí no existen innovaciones respecto de nuestro actual proceso civil, salvo que dicha tarea deberá cumplirla el juez en la audiencia preliminar, luego del llamado a conciliación, fijando en la misma audiencia preliminar la fecha de la audiencia de juicio que se celebrará posteriormente.

### **3.3.6. LAS CONVENCIONES PROBATORIAS**

Dispone el Proyecto que el juez deberá *aprobar las convenciones probatorias que las partes hayan acordado*.

Las convenciones probatorias están reguladas en el artículo 291 del Proyecto. Las convenciones probatorias son acuerdos de partes en torno a cuestiones probatorias: acreditación de ciertos hechos sobre los cuales no exista controversia respecto de su ocurrencia y las circunstancias que los rodean, y que debido a esto, no podrán ser discutidos en juicio.

Las convenciones probatorias son reconocidas en nuestro ordenamiento procesal de familia (art. 31 Ley 19.968) y en el Código Procesal Penal (art. 275). La redacción de esta normativa es similar a la contenida en el proyecto de ley.

El proyecto está incorporando a nuestra legislación civil un tema relevante que facilita tanto la labor de las partes como la del juez. En efecto, a la parte que le correspondía la carga de la prueba, en virtud de una convención probatoria ya no necesitará acreditar tales hechos. De esta manera estos hechos objeto de la convención serán tenidos por ciertos en la audiencia de juicio y se dispensará de la carga de probarlos a quien correspondía hacerlo. Al juez se le facilita la ponderación de tales hechos, pues, los hechos que son objeto de la convención probatoria ya estarán probados, con lo cual, éste deberá poner atención al resto de la prueba que las partes aporten en la audiencia de juicio y no al material fáctico objeto de la convención, el cual ya está acreditado.

Los hechos que se dieren por acreditados en función de las convenciones probatorias celebradas por las partes o por no existir contradicción serán expresados en la resolución que cita a la audiencia de juicio (art. 281 letra b) del proyecto). Evidentemente, sobre estos hechos no recaerá prueba alguna.

### 3.3.7. LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS

En el mensaje del proyecto se justifica el reconocimiento a las cargas probatorias dinámicas. En él se indica, dentro de los poderes del juez:

“Asimismo, y a fin de poder corregir eventuales desigualdades entre las partes, se consagra la modalidad que algunos conocen como principio de facilidad de la prueba y otros, como la institución de la carga dinámica de la prueba. Este instituto ha tenido amplia aceptación y aplicación en el derecho comparado como un instrumento que otorga al juez, con los debidos resguardos legales, la posibilidad excepcional de distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria de las partes, asegurando de este modo la vigencia de los principios de justicia, cooperación y buena fe procesal.”

El proyecto de ley, en el artículo 294 inciso 2º trata de la carga probatoria dinámica. *Art. 294. – Carga de la prueba. Corresponde la carga de probar los fundamentos de hecho contenidos en la norma jurídica a la parte cuya aplicación le beneficie, salvo que una disposición legal exprese distribuya con criterios diferentes o de una manera diversa la carga de probar los hechos relevantes entre las partes. – El tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio lo que comunicará a ellas, con la debida antelación, para que asuman las consecuencias que les pueda generar la ausencia o insuficiencia de material probatorio que hayan debido aportar o no rendir la prueba correspondiente de que dispongan en su poder”.*

La determinación de la carga de la prueba debe realizarse en la audiencia preliminar, pues, las partes deberán llegar a la audiencia de juicio sabiendo a quién corresponderá la carga de los hechos constitutivos, modificativos y extintivos de la pretensión. La oportunidad para determinar esto no la expresa la ley, sí lo hace el Mensaje, al señalar que: *Destaca además, en la regulación de la prueba, un nuevo y más justo tratamiento a la tradicional carga de la prueba junto a la posibilidad de que, en forma excepcional, el tribunal distribuya la carga de la prueba, conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio. Esto deberá necesariamente ser comunicado con la suficiente antelación – en la audiencia preliminar – para que la parte afectada asuma las consecuencias que le pueda generar la omisión de información de antecedentes probatorios o de rendición de la prueba que disponga en su poder.*

En los procesos regidos por el principio de aportación de prueba por las partes, son los litigantes los encargados de incorporar el material probatorio, los medios de prueba al proceso. Para ello se les garantiza el derecho a la prueba a la vez que se les impone la carga de la misma, el imperativo de acreditar los hechos que conforman su pretensión o las hipótesis fácticas de las normas cuya tutela se exige. Si tal carga de la prueba de los hechos pertinentes, substanciales y controvertidos del juicio no se satisface, la parte comprometida verá rechazada su pretensión o su reacción.

Las normas de carga probatoria presentan la doble función de ser reglas de juicio para el juzgador y reglas de conducta para las partes litigantes; en el primer caso, la disposición indica al juez cómo resolver en caso de ausencia de prueba o de existencia de hechos dudosos; en el segundo, señala a las partes cómo desarrollar la actividad de aportación de pruebas para que sus pretensiones u oposiciones sean – en definitiva – acogidas.

Pero esta distribución de las labores probatorias no siempre puede estructurarse a partir de las reglas legales de cargas de la prueba, pues en muchas ocasiones la aplicación de éstas a los procesos provoca situaciones de indefensión. Es lo que ocurre en todos aquellos asuntos en los que la parte sobre la cual recae la carga no tiene a su disposición, alcance o conocimiento, los elementos necesarios para acreditar sus alegaciones. Para estos últimos supuestos se han contemplado algunos paliativos, de no sencilla construcción dogmática y aplicación práctica. En esta dirección encontramos flexibilizaciones a las cargas probatorias, que en la doctrina argentina han recibido el nombre de “cargas probatorias dinámicas” y en España las denominaciones “principio de facilidad probatoria” y “principio de disponibilidad probatoria”<sup>49</sup>.

Estos institutos procesales autorizan al juzgador a cambiar el régimen legal general de distribución del *onus probandi* en aquellos casos en que la parte no afectada por la carga se halla en mejores condiciones para aportar las probanzas al juicio,<sup>50</sup> por disponer de los elementos, conocerlos más o tener mayor acceso a los mismos, correspondiendo a dicho litigante el suministro de la prueba. Se trata de una figura de excepción – de extrema excepción – y de difícil configuración, tanto en lo atinente a los requisitos cuanto en lo relativo a los efectos, por lo que su aplicación práctica no resulta sencilla, con la consiguiente afectación de la tutela judicial efectiva.

El Mensaje del proyecto señala que sólo *excepcionalmente* puede distribuirse la carga de la prueba conforme a la disponibilidad o facilidad probatoria de las partes. En tales hipótesis tendrá la carga de la prueba la parte que esté en mejores condiciones de probar: el juez tendrá que establecer en la audiencia previa a quién le corresponde probar, conforme con la regla general, y de ahí podrá colegirse si se da la excepción, adscribiendo entonces tal carga a la contraparte.

---

49. En España, Damián Moreno, Juan, “Comentario al art. 217 LEC 2000”, en Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, (Lorca Navarrete, coordinador), edit. LexNova, Valladolid, 2000, t. I, págs. 1420 y ss., comentando esta regla de facilidad y disponibilidad de prueba expresa que: “Bajo nuestro punto de vista, lo dispuesto en este apartado, si bien en algún caso excepcional puede permitir al juez atemperar el rigor que pueda llegar a ocasionar la aplicación estricta de las normas de la carga de la prueba, su aplicación como tal principio general puede resultar en la práctica enormemente perturbador. Tal como está redactado el precepto parece como si el juez tuviese entera libertad para prescindir de las normas relativas a la carga de la prueba si aprecia que, en función de los hechos, el reparto de la prueba ha de hacerse de diferente manera a la establecida legalmente, esto es, no existiría obstáculo alguno para que el juez pudiese aplicar las normas relativas a la carga de la prueba en función de la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio. Sin embargo, no hay que olvidar que en realidad este tipo de criterios no constituyen más que pautas dirigidas al legislador para distribuir racionalmente las reglas de la carga de la prueba y por lo general obedecen a razones de justicia distributiva (Cortés Domínguez). Entendemos por ello que la relevancia de este criterio es muy relativa y sólo debiera ser aplicado en circunstancias excepcionales; nunca como sustitutivo de las reglas generales sino como complementario de las mismas ya que como ha puesto de manifiesto la doctrina, se presta a muchos abusos (Serra Domínguez). Así pues, la operatividad de esta norma debe quedar reducida sólo a aquellos supuestos en los que la aplicación de las reglas generales conduzca a la prueba de un hecho negativo.

50. El procesalista alemán James Goldschmidt fue uno de los primeros en tratar el tema “carga” o “encargo procesal” (o, en portugués, “ônus processual”) en su Teoría del Proceso como Situación Jurídica. Sobre dicho tema, ver: MADEIRA, Dhenis Cruz; VELLOSO, Flávia Dolabella; MAIA JÚNIOR, Helvécio Franco; NEVES, Isabela Dias. *Processo, Jurisdição e Ação em James Goldschmidt*. In: LEAL, Rosemíro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2005, v. 6.

El proyecto de ley no indica cuándo el juez debe utilizar esta herramienta. Sólo se limita a señalar que el juez, en caso de aplicar la disposición, debe comunicarlo a las partes con la debida antelación, pero no se refiere a cuáles son las condiciones que deben existir en virtud de las cuales la parte que no le correspondía probar ahora deberá hacerlo. No hay criterios objetivos para hacer este análisis por lo que ello quedará a la prudencia del juez.

Así las cosas, cabe preguntarse: Si la carga dinámica invierte el *onus probandi* a la parte que puede fácilmente probar un determinado hecho, entonces ¿Cómo determina el juez quien tiene la complejidad de aportar la prueba y cómo determina quien tiene facilidad en aportar el material probatorio? Esta situación, de aplicarse la carga probatoria dinámica, debe ser simultánea, es decir, deberá considerarse tanto la facilidad de una parte como la complejidad de la otra. ¿Cómo se determinan tales circunstancias?; ¿Cómo puede saber el juez quién tiene mejores condiciones de probar?

Desde el punto de vista de las partes, aquella que pretenda la aplicación de la norma deberá acreditar que su contraparte está en mejores condiciones para soportar la carga de probar. Esto generará incidentes en la etapa de la audiencia preliminar que no serán fáciles de resolver para el juez porque para ello deberá tener en consideración ciertas pruebas que aduzcan las partes, la cual finalmente se rendirá en la audiencia de juicio, sin perjuicio que las partes deberán señalar toda la prueba en los escritos de discusión o finalmente en la audiencia preliminar de acuerdo al artículo 276 del proyecto de ley.

### 3.3.8. EL CONTROL DEL PRESUPUESTO PROCESAL DE FALTA DE CAPACIDAD PARA SER PARTE

El artículo 21 del Proyecto indica que “la falta de capacidad para ser parte, así como de capacidad procesal, podrá ser declarada de oficio por el tribunal hasta en la audiencia preliminar.

Se trata del control del presupuesto procesal relativo a las partes como lo es la falta de capacidad para ser parte. En nuestro actual proceso civil este control es ordinariamente planteado por el demandado a través de una excepción dilatoria de falta de capacidad.

La capacidad procesal “...determina quién puede solicitar válidamente la tutela jurídica a los órganos jurisdiccionales, y quien puede ser compelido a la observancia del Derecho, a través del proceso”<sup>51</sup>. En otras palabras, la capacidad procesal o capacidad para ser parte “es la aptitud para ser titular de la relación jurídica procesal, o de otro modo, de las situaciones jurídicas activas y pasivas que en el proceso corresponden a las partes”<sup>52</sup>.

51. Romero Seguel, Alejandro, *Curso de derecho procesal civil. Los presupuestos procesales relativos a las partes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, t. III, pág. 43.

52. Ortells Ramos, Manuel, *Derecho procesal civil, op. cit.*, pág. 116. En el mismo sentido *cf.* Montero Aroca, Juan, *Derecho jurisdiccional*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 19º edic., 2011, t. II, pág. 57; Guasp, J., Aragoneses, P., *Derecho procesal civil*, edit. Civitas, 5ª edic., Madrid, 2002, t. I, pág. 189

Este presupuesto procesal se refiere al sujeto que puede requerir tutela jurisdiccional y contra quien se puede constreñir a cumplir la decisión jurisdiccional<sup>53</sup>.

En nuestro Derecho la atribución de capacidad para ser parte es amplia y la detentan las personas naturales, personas jurídicas e incluso otras organizaciones o asociaciones que no tengan atribuida una personalidad jurídica distinta a la de los sujetos que la componen. El ordenamiento jurídico debe conceder capacidad procesal en forma vasta a todos los posibles sujetos de una relación procesal, pues, de esa manera, a través del proceso se otorgará tutela jurídica a la mayoría de los conflictos jurídicos intersubjetivos que se sometan a conocimiento de los órganos jurisdiccionales, concediendo el derecho de acción concreta a todos los integrantes de una comunidad organizada con el objeto de resguardar sus derechos e intereses legítimos<sup>54</sup>.

Aunque en ciertos casos la doctrina y jurisprudencia han sostenido lo contrario, la regla general es que se presume<sup>55</sup> la capacidad para ser parte, por lo que, en consecuencia, se reconoce capacidad para ser parte a las personas naturales, a las personas jurídicas de Derecho público y privado, al *nasciturus*, al demente, al interdicto, al menor adulto, a las asociaciones sin personalidad jurídica, los grupos de consumidores, las sociedades de hecho, una comunidad, el Fisco, las municipalidades, etc.<sup>56</sup>

- 
53. Cfr. Aguirrezabal Grüstein, Maite, "Capacidad para ser parte y capacidad procesal de los grupos de consumidores afectados: su tratamiento en la ley de protección del consumidor y en el Anteproyecto de Código Procesal Civil", en Carrasco Poblete, Jaime (edit.), *La reforma procesal civil en Chile*, Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes, 2009, N° 16, pág. 119, quien expresa que: "La persona debe gozar de protección jurídica, y de hecho todo el mecanismo tutelar que confiere el derecho procesal gira en torno a la persona. Ahora, para que actúe la protección de la persona a través del proceso se exige un presupuesto básico, que debe concurrir tanto en el demandante como en el demandado, relativo a lo que genéricamente se designa como *capacidad*. El Código de Procedimiento Civil reconoce expresamente este atributo en el artículo 303 N° 2, al señalar que constituye un elemento de la relación procesal que se puede examinar a través de las excepciones dilatorias 'la falta de capacidad del demandante'". En similar sentido cfr. Ocaña Rodríguez, Antonio, *Partes y terceros en el proceso civil*, edit. Colex, Madrid, 1997, pág. 13; Samanes Ara, Carmen, *Las partes en el proceso civil*, edit. La Ley, Madrid, 2001, pág. 14.
54. En este sentido *vid.* Romero Seguel, Alejandro, *Curso de derecho procesal civil. Los presupuestos procesales relativos a las partes*, op. cit., t. III., pág. 43-44; Romero Seguel, Alejandro, "El control de oficio de los presupuestos procesales y la cosa juzgada aparente. La capacidad procesal", en *Revista Chilena de Derecho*, 2001, vol. 28, N° 4, págs. 785-786; Garrote Campillay, Emilio, Carrasco Poblete, Jaime, "Legitimación en el proceso constitucional de inaplicabilidad a partir de la Ley de reforma constitucional N° 20.050" en *Litigación pública* (Alejandro Romero Seguel, José Ignacio Martínez Estay, Jaime Arancibia Mattar, directores), editorial Abeledo Perrot/Legal Publishing/Thomson Reuters, 2011, pág. 161.
55. En este sentido Romero Seguel, Alejandro, *Curso de derecho procesal civil. Los presupuestos procesales relativos a las partes*, op. cit., t. III., pág. 43; De la Oliva Santos, Andrés, (con Fernandez, Miguel Ángel), *Derecho procesal civil*, op. cit., t. I, pág. 423.
56. Respecto a los diversos casos a que se alude cfr. Romero Seguel, Alejandro, *Curso de derecho procesal civil. Los presupuestos procesales relativos a las partes*, op. cit., t. III., págs. 43-66; Arancibia Mattar, Jaime, "Capacidad procesal de los cuerpos intermedios que carecen de personalidad jurídica", *Gaceta Jurídica*, N° 213, 1999, págs. 7-14; Gutiérrez Silva, José Ramón, "El presupuesto procesal de la capacidad en las personas jurídicas, en especial las de derecho público", *Revista Chilena de Derecho*, 2009, vol. 36, N° 2, págs. 245-279; Romero Seguel, Alejandro, "La capacidad de las personas jurídicas: una explicación procesal" en *Responsabilidad civil de entidades corporativas* (Jorge Baraona González, editor), Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes, 2003, N° 7, págs. 293-318; Aguirrezabal Grüstein, Maite, "Capacidad para ser parte y capacidad procesal de los grupos de consumidores afectados: su tratamiento en la ley de protección del consumidor y en el

Hacemos presente que no deben confundirse la capacidad procesal con la capacidad del Derecho Civil pues se trata de conceptos diversos y que atienden a realidades diferentes que no deben mezclarse, en virtud de la autonomía que posee el Derecho Procesal respecto del Derecho material<sup>57</sup>.

La falta de capacidad procesal impide que el sujeto adquiera la calidad de parte activa o pasiva. La denuncia de la falta de capacidad procesal se realiza a través de la excepción procesal de falta de capacidad (art. 303 N° 2 CPC) sin perjuicio que pueda controlarse de oficio (art. 84 inc. final CPC) por constituir un presupuesto procesal y que en caso que las partes no la hayan denunciado como excepción procesal, lo hagan posteriormente como alegación o defensa (art. 305 inc. 2° CPC). La falta de capacidad procesal, en caso de ser acogida, impide un pronunciamiento sobre el objeto del proceso, pues, la sentencia será absolutoria en la instancia por tratarse de la falta de un presupuesto procesal.

Explicada sucintamente la capacidad procesal, corresponde que nos reframamos a si este presupuesto procesal es posible de subsanarse en el mismo juicio, o si por el contrario, importa una hipótesis que es imposible de sanear.

Según explica Romero Seguel, “la falta de capacidad implica que el acto de protección jurisdiccional lo está solicitando alguien o contra alguien que no puede adquirir válidamente la calidad de parte en la relación procesal”<sup>58</sup>.

La exigencia de cumplir con este presupuesto procesal es determinante para la validez del proceso porque en caso de faltar, importa que quien solicitó tutela jurídica de sus derechos o intereses legítimos no pueda ser parte activa; o que contra quien se pretende esa tutela no pueda ser parte pasiva en un determinado proceso.

---

Anteproyecto de Código Procesal Civil”, *op. cit.*, págs. 119-136; Viñuela Hojas, Mauricio, “La responsabilidad del Estado chileno por hechos de la Administración: avances y retrocesos”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, N° 1, 2006, págs. 171-191.

57. Las diferencias entre la capacidad civil y la capacidad procesal se manifiestan de diversas formas. Así, por ejemplo, el Derecho material divide la capacidad jurídica en capacidad de goce y capacidad de ejercicio. La primera corresponde a la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones; en cambio, la segunda, se la explica como la aptitud para realizar eficazmente actos jurídicos, para ejercer derechos y cumplir obligaciones. La falta de capacidad de ejercicio se suple a través de la representación. En el ámbito procesal, no se clasifica la capacidad jurídica, cuyo concepto designa quién puede ser parte activa y pasiva de un proceso que conocerá un órgano jurisdiccional. De esta manera, puede sostenerse por ejemplo que el demente, el impúber y el sordo o sordomudo que no puede darse a entender claramente son incapaces absolutos para el Derecho civil (art. 1447 CC), en cambio, tales sujetos tienen plena capacidad procesal para que figuren como sujeto activo o pasivo en la relación procesal, sin perjuicio que tales personas puedan actuar representados en el juicio. Cuestión similar ocurre con el menor adulto y el disipador interdicto que el Derecho civil lo reputa incapaces relativos, sujetos que para el Derecho procesal detentan plena capacidad procesal. *Cfr.* Lorca Navarrete, Antonio María, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, (Lorca Navarrete, Antonio María, director; Guilarte Gutiérrez, Vicente, coordinador), edit. Lex Nova, Valladolid, 2000, t. I, pág. 118-119. En contra de esta distinción Silguero Estagnan, Joaquín, “La protección procesal del interés colectivo de los consumidores”, en *Estudios sobre consumo*, edit. Instituto Nacional del Consumo, 1999, N° 49, pág. 97.
58. Romero Seguel, Alejandro, *Curso de derecho procesal civil. Los presupuestos procesales relativos a las partes*, *op. cit.*, t. III., pág. 63.

La doctrina nacional no se refiere expresamente a la posibilidad de subsanación de la falta de este presupuesto procesal. La doctrina comparada, en cambio, manifiesta dos posturas respecto a este problema.

Por una parte, algunos afirman que la falta de capacidad para ser parte es insubsanable<sup>59</sup>. Los fundamentos que aduce la doctrina que sostiene la insubsanabilidad de la falta de capacidad, estriba en que esta cualidad se tiene o no se tiene y que no es posible adquirirla en virtud de un acto procesal de la parte o del juez. Se trata de un problema de falta de personalidad procesal la cual no es posible de adquirir por un acto jurídico procesal posterior, concluyendo que dicho presupuesto procesal se tiene o simplemente se carece del mismo, resultando imposible enmendar posteriormente la ausencia de esa aptitud, no pudiendo convertir en regular un acto irregular por falta de capacidad<sup>60</sup>.

Por otro lado, están quienes afirman que se trata de un presupuesto procesal subsanable en el mismo proceso, invocando que la falta de capacidad procesal para ser parte en un proceso se puede acreditar, integrar o complementar durante el mismo<sup>61</sup>.

---

59. En este sentido *cf.* Ortells Ramos, Manuel, *Derecho procesal civil, op. cit.*, págs. 122-123, aunque, posteriormente (pág. 132), reconoce la posibilidad de subsanar la falta de acreditación de la capacidad, discutiendo aún más la hipótesis de subsanar la falta de capacidad para ser parte mediante ratificación; Montero Aroca, Juan., *Derecho jurisdiccional, op. cit.*, t. II, pág. 70, expresa que “La falta de capacidad para ser parte y de la capacidad procesal son insubsanables, y ello por la evidente razón de que se es o no capaz, de modo que, bien se inadmitirá la demanda, bien se dictará auto poniendo fin al proceso, bien se dictará sentencia meramente procesal”; De la Oliva Santos, Andrés, (con Fernández, Miguel Ángel) *Derecho procesal civil, op. cit.*, t. I, pág. 420, afirma que: “...cuando se carece absoluta y totalmente de capacidad para ser parte, se está negando al sujeto de tal carencia la aptitud general de pedir tutela jurisdiccional – cualquier tutela – y de que frente a él se deniegue u otorgue cualquier tutela jurisdiccional. Quien carece por completo de capacidad para ser parte, no puede afirmar acciones eficazmente ni cabe pretender obtener frente a él cualquier resolución jurisdiccional, pues sería como litigar contra una inaprehensible fantasma”; Almagro Nosete, José, (junto a Gimeno Sendra, Vicente, Cortes Domínguez, Valentín, Moreno Catena, Víctor) *Derecho Procesal. Parte general*, edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 5º edic., 1991, t. I, vol. I, pág. 280-281, afirma que “la capacidad para ser parte constituye un presupuesto procesal de carácter absoluto, del que depende la válida constitución de la relación jurídico-procesal. Su falta determina la ausencia de un requisito indispensable para la validez del acto emanado del sujeto...”. En similar sentido *cf.* Andrés Ciurana, Baldomero, *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 325 Ocaña Rodríguez, Antonio, *Partes y terceros en el proceso civil*, edit. Colex, Madrid, 1997, pág. 36; Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, edit. Ediar, Buenos Aires, 1963, t. I, pág. 475 y ss.

60. Una exposición de alguno de los autores a que hemos aludido *cf.* Andrés Ciurana, Baldomero, *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil, op. cit.*, pág. 323-329.

61. Ramos Méndez, Francisco, *Derecho procesal civil*, Edit. J.Mª. Bosch, 5ª edic., Barcelona, 1992, t. I, pág. 249 sostiene que: “los defectos de capacidad procesal son subsanables suprimiendo el obstáculo que impide la regularidad de la comparecencia en juicio. Es decir, según cuál sea la causa de la que obsta la válida comparecencia habrá que acudir a los medios que prevé la ley para suplir o integrar la falta de capacidad, pues, son lo suficientemente amplios como para no vedar a nadie el ejercicio de la acción. Dicha subsanación puede efectuarse en el curso del proceso, en cualquier momento”. En el mismo sentido *cf.* Sigüenza López, Julio, “La capacidad de las partes en el proceso, según el borrador de Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Jornadas nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil (comunicaciones)*, Murcia, 1997, pág. 112; Samanes Ara, Carmen, *Las partes en el proceso civil*, edit. La Ley, Madrid, 2001, pág. 45, afirma que: “si se trata de la falta de capacidad para ser parte – supuesto casi inverosímil en la práctica –, no hay posibilidad alguna de subsanación o corrección, y lo mismo ocurre con la falta de capacidad procesal, por lo que habría que aplicar en tales casos la norma del nº 2º del art. 418 y dictar auto poniendo fin al proceso. Sin embargo,

La doctrina nacional no se pronuncia sobre la posibilidad de subsanar la falta de capacidad procesal para ser parte en un proceso. Sin embargo, la jurisprudencia ha sostenido en diversos fallos que se trata de un presupuesto procesal insubsanable.

Opinión distinta es la contenida en el proyecto de ley que dio lugar a la dictación de la Ley N° 7.760 de 1944, en lo que respecta a las atribuciones oficiales del tribunal para evitar la nulidad procesal, disponía que: “la incapacidad de las partes, la omisión de los requisitos esenciales para la validez de una actuación, diligencia o acto de procedimiento y la violación de una ley de orden público, la subsanará de oficio el tribunal y ordenará su renovación o corrección”. Esta parte del proyecto no prosperó y fue expresamente eliminada, pero la historia del mismo y la intención de reformar la ley y otorgar más atribuciones a los jueces, permiten sostener que el presupuesto procesal de capacidad para ser parte aparecía como posible de subsanar en el mismo proceso.

A nuestro parecer, para determinar si la falta de capacidad procesal para ser parte es posible de sanear, se deben distinguir dos situaciones: la primera es la falta de capacidad procesal; la segunda, es la falta de acreditación de la capacidad procesal.

Por un lado, consideramos que la falta absoluta de capacidad procesal es esencialmente insubsanable. Esto ocurrirá, por ejemplo, en aquellos casos en que la ley declara que una persona no tiene capacidad procesal para ser parte. Por ejemplo, uno de los efectos inmediatos de la declaración de quiebra consiste en que el fallido queda inhibido de pleno derecho de la administración de todos sus bienes presentes, salvo aquellos que son inembargables, por lo que desde ese momento ya no detenta capacidad procesal para ser parte en los procesos que digan relación con la quiebra, pues, el artículo 64 de la Ley de Quiebras lo priva de comparecer como demandante y como demandado. En caso que el fallido demande a un sujeto, éste podrá oponer la excepción de falta de capacidad fundada en la situación antes descrita, la cual es insubsanable dentro del proceso porque la capacidad procesal se trata de un atributo que se tiene o no en un determinado momento, y en este caso concreto, el fallido no la tiene y no la puede adquirir por un acto jurídico procesal posterior.

Distinto son aquellos casos en que falta acreditar la capacidad procesal para ser parte. Esta situación, si bien es extraña porque todas las personas tienen capacidad procesal, en ciertos casos, puede que esa capacidad para ser parte deba ser acreditada, por ejemplo, como sucede en los procesos judiciales en los que se protegen intereses colectivos o difusos de los consumidores o usuarios (art. 50 Ley N° 19.496). De esta manera, la falta de acreditación de la capacidad procesal para ser parte nos parece que es subsanable acompañando los correspondientes antecedentes que permitan tenerla por acreditada.

La posibilidad de subsanar la falta de acreditación de capacidad procesal, según explica un autor, al cual nos adherimos, es “... un eficaz instrumento para la conservación de las actuaciones procesales. Y, además, que la utilización de esta técnica no

---

cabría que la actuación posterior del llamado a representar o asistir, confirmase lo hecho por el incapaz, lo que permitiría seguir adelante con el proceso, a la vista de lo dispuesto en los arts. 230 y 231 de la LEC, relativos a la conservación de actos y subsanación”.

pone en riesgo el fin último que se persigue con los institutos legales dispuestos para suplir la falta o los defectos de capacidad, que no es otro que la tutela de los derechos e intereses de los sujetos que no se encuentren en situación de plena capacidad”<sup>62</sup>.

En consecuencia, afirmamos que la falta de capacidad procesal es insubsanable en el mismo juicio, lo que importará que se dicte una sentencia absolutoria en la instancia que dejará imprejuizada la acción intentada en autos. Diferente es lo relativo a la falta de acreditación de la capacidad, la cual consideramos que por razones de economía procesal se debe dar lugar a la posibilidad de subsanarla.

### **3.3.9. FACULTADES PROBATORIAS OFICIALES**

El artículo 288 inciso 2º del Proyecto establece facultades probatorias al juez las cuales puede decretarlas de oficio. En efecto, la referida norma señala en su inciso 1º que: *Iniciativa probatoria. Las partes podrán ofrecer los medios de prueba de que dispongan y solicitar al juez que ordene, además, la generación u obtención de otros de que tengan conocimiento y que no dependan de ellas sino de un órgano o servicio público, de terceras personas o de la contraparte, tales como documentos, certificaciones u otros medios aptos para producir fe sobre un hecho determinado*. El inciso 2º indica que: *“Hasta antes del término de la audiencia preliminar, el tribunal, de oficio, podrá ordenar las diligencias probatorias que estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. En ejercicio de este derecho, las partes podrán solicitar, en el mismo acto, una contraprueba a la solicitada por el tribunal, conforme a lo previsto en el artículo 290”*.

Muy discutido han resultado las facultades probatorias oficiales que el proyecto entrega al juez, las cuales el juez debe ocupar hasta la audiencia preliminar. En efecto, por una parte se ha sostenido que sería aconsejable despojar al juez de estas facultades probatorias ya que existe una tendencia al proceso adversarial como lo demuestra nuestro sistema penal, por lo que sería contradictorio mantener un proceso inquisitivo en el sistema civil. Por otra parte, algunos sostienen que estas facultades atentan el debido proceso porque el juez pierde su imparcialidad violándose también tratados internacionales vigentes en Chile como la Convención Americana de Derechos Políticos y Sociales y el Pacto de San José de Costa Rica. Finalmente, también existen opiniones que apoyan esta iniciativa señalando que no es válido comparar el sistema procesal civil con el penal, dado que en este último el Estado actúa a través del Ministerio Público. También afirman que se omitió señalar que lo que se busca es la justicia de la decisión, más allá de la verdad material. Al Estado no le es indiferente como se resuelve el conflicto. El proyecto procura alcanzar un equilibrio, por lo que no se cree que el juez abandone su rol al adoptar alguna medida en materia de prueba y además, se afirma que no existe Código moderno que no contemple facultades probatorias a los jueces. Se trata de medidas excepcionales y, además, el raciocinio del material probatorio está sujeto a la revisión por parte del tribunal superior.

---

62. Andrés Ciurana, Baldomero, *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*, op. cit., pág. 325

### 3.3.10. RESOLUCIÓN QUE CITA A LA AUDIENCIA DE JUICIO

El artículo 281 del Proyecto de Ley establece el contenido de la resolución que cita a audiencia de juicio. La referida norma indica que: “*Al término de la audiencia preliminar, si no se hubiere producido una conciliación total, el juez dictará una resolución, que contendrá las menciones siguientes: a) La determinación de la cuestión o cuestiones controvertidas en el juicio; b) Los hechos que se dieren por acreditados en función de las convenciones probatorias celebradas por las partes o por no existir contradicción; c) Las pruebas que deberán rendirse en el juicio y aquellas que se hubieren excluido; d) La indicación de la prueba ya rendida; e) La citación e individualización de los testigos, peritos y partes que deban ser llamados para prestar declaración en la audiencia respectiva, al tenor de los hechos para los cuales se hubiere ofrecido y aceptado su declaración. Las partes se entenderán citadas a la audiencia de juicio por el sólo ministerio de la ley; y f) El día y hora en que se verificará la audiencia de juicio.*”

Con esta resolución finaliza la audiencia preparatoria, previa o preliminar y, posteriormente, tendrá lugar la audiencia de juicio en la cual se desarrollará y rendirá la prueba y se dictará sentencia, a los cuales no nos referiremos porque supera la extensión de esta presentación.

## 3.4. BREVE RESEÑA SOBRE LA ESTRUCTURACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL CHILENO

Antes de referirnos a la nueva estructura, debemos mencionar que el proyecto mantiene la estructura del actual CPC, es decir, Libros, Títulos, Párrafos y Artículos.

El Código de Procedimiento Civil vigente se divide en cuatro Libros: **Primero, Disposiciones comunes a todo procedimiento; Segundo, Del juicio ordinario; Tercero, De los juicios especiales y; Cuarto, De los actos judiciales no contenciosos. Es así como en el primero de ellos consagra disposiciones comunes a todo procedimiento<sup>63</sup>, como: comparecencia en juicio, notificaciones<sup>64</sup>, actuaciones judiciales, rebeldías<sup>65</sup>,**

63. Sobre las disposiciones comunes a todo procedimiento resulta un material obligatorio las obras, entre otras, Romero Seguel, Alejandro, *Curso de derecho procesal civil. Los presupuestos procesales relativos a las partes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, t. III, *passim*; Figueroa Yávar, Juan Agustín, Morgado San Martín, Erika, *Jurisdicción, competencia y disposiciones comunes a todo procedimiento*, Abeledo Perrot/Thomson Reuters, Santiago, 2013, *passim*; Stoeihrel Maes, Carlos Alberto, *De las disposiciones comunes a todo procedimiento y de los incidentes*. Actualizada por Davor Harasic Yaksic, Editorial Jurídica de Chile, 6ª edic. Santiago, 2009, *passim*.

64. Un estudio sobre las notificaciones *cf.* Camiruaga Churruca, José Ramón, *De las notificaciones*, edit. Jurídica de Chile, 4ª edic., Santiago, 2004, *passim*.

65. Sobre las rebeldías y sus efectos en el procedimiento civil *cf.* Carrasco Poblete, Jaime, “La rebeldía en el anteproyecto de código procesal civil” en Jaime Carrasco Poblete (editor), *La reforma procesal civil en Chile*, Cuadernos de Extensión Jurídica (Universidad de los Andes), N° 16, 2009, págs. 155 – 201; Carrasco Poblete, Jaime, *La rebeldía en los procesos civil y laboral*, edit. Abeledo Perrot/Legal – Publishing, Santiago, 2010.

nulidad procesal<sup>66</sup>, impugnaciones y recusaciones<sup>67</sup>, el abandono del procedimiento, el recurso de apelación, la ejecución de las resoluciones judiciales, etc. El Libro Segundo contiene normas referentes al procedimiento ordinario de mayor cuantía. Este procedimiento se caracteriza por ser común ya que se aplica a todas aquellas controversias de relevancia jurídica que no tengan asignadas por ley un procedimiento especial. En este Libro se regulan las diferentes etapas del procedimiento tanto en su fase de discusión como los medios de prueba y los trámites posteriores a la prueba. En su tercer Libro, el CPC se refiere a diferentes procesos especiales, muchos de extrema importancia, a saber: juicio ejecutivo, tercerías, interdictos, juicio arbitral, procedimiento sumario, los recursos de casación y revisión, etc. El último Libro regula ciertos actos judiciales no contenciosos, es decir, aquellos en que no hay una controversia, como por ejemplo: habilitación para comparecer en juicio, nombramiento de tutores, curadores, inventario solemne, procedimientos relativos a la sucesión por causa de muerte, entre otros.

El Proyecto de Ley en actual tramitación se divide en cinco Libros: Disposiciones Generales, Procesos Declarativos, Recursos Procesales, La Ejecución y Procedimientos Especiales.

El primero de los Libros ya citados, norma los “Principios Generales”, los cuales inspiran el nuevo Sistema Procesal Civil, de los cuales hemos hecho mención latamente en este artículo. Uno de los principios informadores que transforma nuestro sistema es el impulso procesal a cargo del juez. Nuestro sistema vigente responsabiliza a las partes por la prosecución del juicio en el llamado “impulso procesal de la parte”, teniendo por sanción el archivo o abandono de una causa si la parte negligente no realiza trámites esenciales en dicho procedimiento<sup>68</sup>. Sin embargo, la reforma entrega dicha carga procesal al juzgador con el objeto de dar una especial celeridad al proceso. El Libro objeto de estudio establece quiénes son las partes y los terceros en el procedimiento y el litisconsorcio que debe constituirse en los casos correspondientes. A la vez, se tratan los incidentes del juicio.

---

66. Un análisis moderno de la nulidad y una crítica actual al sistema de ineficacias en el proceso civil chileno *cf.* Carrasco Poblete, Jaime, “La nulidad procesal como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el derecho procesal chileno”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, N° 18, 2011, t. I, págs. 49-84. En nuestra doctrina procesal, los estudios más destacados y clásicos sobre la nulidad procesal, *cf.* Urrutia Salas, Manuel, *Nulidades procesales*, edit. Imprenta y encuadernación Víctor Silva, Santiago, 1928, págs. 63-113, en el cual analiza la teoría de las nulidades, los principios que inspiran las nulidades de procedimiento y expone diversos sistemas anulatorios existentes en aquella época; Santa Cruz Serrano, Víctor, *Ensayo sobre la teoría de las nulidades procesales en el código de procedimiento civil chileno*, edit. Imprenta Chile, Santiago, 1936, *passim*; Salas Vivaldi, Julio, *Los incidentes y en especial el de nulidad en el proceso civil, penal y laboral*, edit. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 7ª edic., 2004, págs. 70 y ss.; Colombo Campbell, Juan, *Los actos procesales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, t. II, págs. 417-543.

67. *Cfr.* Romero Seguel, Alejandro, *Curso de derecho procesal civil. Los presupuestos procesales relativos al órgano jurisdiccional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, t. II, págs. 73-88.

68. En este sentido, RODRIGUEZ PAPIC, IGNACIO, “*Procedimiento Civil, Juicio Ordinario de Mayor Cuantía*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pág. 282.

**Por último, se establecen las medidas prejudiciales y las resoluciones judiciales. Por último, consagra la ejecutoriedad de las sentencias judiciales (especialmente la ejecutoriedad provisional como regla general) y la cosa juzgada.**

**Los restantes libros los analizaremos brevemente en capítulos separados.**

### **3.5. ALGUNAS CONSIDERACIONES DEL PROCESO DE CONOCIMIENTO**

**El Libro Segundo, sobre los Procesos Declarativos, consagra dos categorías fundamentales: juicio ordinario y juicio sumario. Sobre el juicio ordinario, ya nos hemos referido en cuanto a su fase escrita y oral.**

El nuevo sistema busca llevar a cabo la concentración de las etapas procesales, esto significa que, junto con la presentación de la demanda y la contestación, las partes deben presentar la prueba documental y la lista de testigos y peritos. Sin embargo, permite la posibilidad de rendir, de manera excepcional, fuera de las etapas señaladas en la ley, cuando la naturaleza del caso así lo amerite. Con esto, se evita la dilación innecesaria de los procedimientos y la utilización por parte de los actores procesales, de medios legales para extender las causas.

Como ya hemos señalado, se debe llevar a cabo una audiencia definitiva denominada, como “audiencia de juicio” (Art. 284 y siguientes). Esta puede durar varios días o tan solo minutos. Es así que, para el caso de aquellas que se pueden extender en el tiempo, no pueden suspenderse sino que deben realizarse hasta el final. El juez debe apreciar en esta etapa toda la prueba rendida por las partes, siempre de acuerdo a la regla de la sana crítica. Esto, para no contradecir la lógica, las máximas de la experiencia ni los principios científicos afianzados en las materias que correspondan.

**En el juicio sumario, la gran novedad lo constituye que las partes puedan optar a él o se aplique cuando la naturaleza de la acción deducida, por su naturaleza, exija una tramitación concentrada para que sea eficaz (Art. 352). A la vez, el legislador utilizó otro criterio de aplicación, además de los que ya hemos analizado, el cual es la cuantía de lo pedido por la parte correspondiente, siendo este un límite de quinientas Unidades Tributarias Mensuales.**

### **3.6. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL PROCESO DE EJECUCIÓN**

**El penúltimo Libro trata el juicio ejecutivo. Sin duda, este tipo de procedimiento ha sido de especial preocupación por parte del legislador. Esto, debido a que gran parte de las causas que se tramitan actualmente en la jurisdicción civil tienen por objeto la ejecución de deudores. Por lo mismo, especial empeño se ha puesto en reformar el procedimiento ejecutivo con miras a darle una mayor celeridad en su tramitación.**

El nuevo juicio de ejecución contempla dos partes: el juicio propiamente tal y la ejecución. **El legislador entiende que la labor de llevar a cabo la ejecución no es propia del tribunal debido a que tiene una parte de gestión administrativa importante, siempre y cuando esta no sea de carácter contencioso, como por ejemplo: el**

**trabar embargos. De ahí que crea la figura del Oficial de Ejecución<sup>69</sup>. Sin embargo, la normativa propia de este funcionario es encomendada a una ley especial, la cual debe ser dictada. Sin perjuicio de esto, se hace alusión a la denominada “decisión de ejecución”, la cual es una resolución dictada por el Oficial que tiene por objeto decretar y trabar embargos, pudiendo la contraparte oponerse por la vía de las excepciones y transformando el asunto en contencioso, volviendo a manos del juez.**

Es así como el acreedor, teniendo el título ejecutivo (sea sentencia o aquellos documentos que la ley le otorga la calidad de título ejecutivo) puede iniciar ante el Oficial los trámites correspondientes los apremios para que satisfaga su deuda o sea ejecutado. Sin embargo, debemos señalar que el Oficial se encontrará constantemente bajo control del juez.

### **3.7. ALGUNAS REFERENCIAS A LOS RECURSOS**

**El tercer Libro, titulado “Los Recursos Procesales”, tiene una breve introducción tratando materias comunes a todo recurso.** Dentro de las grandes novedades contempladas en el Proyecto, existen dos que llaman particularmente la atención: los recursos propiamente tales y el nuevo rol que ejercerá la Corte Suprema **En los primeros se detalla: reposición, apelación, de hecho y extraordinario. Siendo una gran diferencia con el actual sistema, la reposición sólo procedería contra los decretos y sentencias interlocutorias, no así contra las sentencias definitivas y solo ciertos tipos de sentencias interlocutorias taxativamente contempladas en la ley, a las cuales se les reserva el recurso de apelación. Esto viene a modificar el actual recurso de reposición con apelación en subsidio ante los decretos y resoluciones apelables (Art. 181 CPC). El ánimo del legislador es buscar que las resoluciones apelables, las cuales deben ser recurridas ante un tribunal de superior jerarquía, sean las mínimas y más relevantes al proceso, corrigiendo así el vicio imperante en nuestro sistema que dilata los juicios al tener que ser vistas varias veces por las Cortes de Apelaciones, todas aquellas resoluciones cuya apelación subsidiaria haya sido admitida por el tribunal *a quo*. Gran novedad en el recurso de apelación es la posibilidad de solicitar la declaración de nulidad del procedimiento o la sentencia cuando se haya incurrido en alguna de las causales que la justifiquen y no hayan sido saneadas en las etapas procesales correspondientes.**

Esto ha provocado que se dilaten los juicios sin una razón plausible. Es por ello que la nueva legislación separa ambos recursos, determinando apenas una pequeña cantidad de resoluciones que pueden ser apeladas. Por el contrario, las resoluciones que pueden recurrirse de reposición son los decretos y las sentencias interlocutorias que no pongan fin al juicio.

---

69. Actualmente, la doctrina debate si este funcionario debe ser público, privado o mixto. En ese sentido, MACARENA VARGAS PAVEZ escribió un artículo de gran interés constatando en el derecho comparado los diferentes sistemas aplicables y los grandes beneficios que traería este nuevo agente. (Vid. <http://www.ichdp.cl/la-ejecucion-en-el-proyecto-de-reforma-procesal-civil/>)

Por su parte, el recurso de apelación se ha restringido a ciertas resoluciones judiciales, a saber: sentencias definitivas, sentencias interlocutorias que ponen fin al juicio o impiden su continuación, las resoluciones que admitan o denieguen la participación de un tercero, las que ordenan el pago de costas superiores a cien Unidades Tributarias Mensuales, las que desechen la incompetencia del tribunal, las que resuelvan sobre la inhabilidad del juez o falta del debido emplazamiento del demandado y las que se pronuncien sobre el otorgamiento, alzamiento, modificación, sustitución o cualquiera otra materia en relación con una medida cautelar. En el Mensaje del Proyecto se especifica que cualquier otro tipo de resolución sería inapelable, especialmente las de mero trámite.

El Proyecto no solo se conforma en continuar con la apelación actual correspondiente a la modificación o revocación de la sentencia, sino también, amplía el objeto de la misma a la nulidad de la sentencia o del procedimiento. Antiguamente, para poder obtener la nulidad se debía recurrir de casación ante la Corte Suprema, lo cual provocaba que ante algún vicio, se debiera retrotraer el procedimiento al momento anterior a la comisión de la causal de nulidad. Con esto, se le resta dicha facultad a la Corte y se anula el procedimiento o la sentencia completa. Con esto se puede solicitar a la Corte de Apelaciones respectiva que modifique o enmiende la resolución dictada por el tribunal *a quo*, se anule el procedimiento o resolución respectiva, debiendo señalarse las infracciones correspondientes a garantías constitucionales o procedimentales.

Por otra parte, se modifica el actual procedimiento de recursos ante la Corte Suprema. Hoy en día, dicho tribunal superior constituye un órgano de casación en la forma y en el fondo, debiendo ver las causas recurridas y admitidas a tramitación a través del examen de admisibilidad realizado por la Corte de Apelaciones respectiva y por ella misma, teniendo supuestos realmente amplios para hacerlo. El Proyecto busca otorgar la facultad de conocer causas toda vez que están afecten un interés general.

Por “interés general” el legislador ha determinado que corresponde a dos situaciones: cuando se infringen de forma esencial, en la sentencia o en el procedimiento, un derecho o garantía fundamental contemplado en la Constitución Política de la República o tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, o; en los casos que se considere pertinente fijar, uniformar, aclarar o modificar, una determinada doctrina jurisprudencial (Art. 9) En ese sentido, la Sala de la Corte correspondiente podrá soberanamente avocarse el conocimiento de la causa mediante el denominado *recurso extraordinario*, el cual se puede interponer contra las sentencias definitivas e interlocutorias dictadas por las Cortes de Apelaciones, que sean inapelables y pongan término a juicio o hagan imposible su continuación (Art. 406). Esto es de vital importancia debido a que el Artículo 3 del Código Civil establece el efecto relativo de la sentencia al señalar en su inciso segundo: “*Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciare*”. Según esta nueva legislación, la Corte tendrá una función de unificación y coherencia del criterio jurisprudencial aplicable a determinados casos.

### 3.8 ALGUNAS CUESTIONES RELATIVAS A LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

**El Libro corolario del Código corresponde a aquel que trata los Procedimientos Especiales. Regula el** procedimiento monitorio, juicio de cuentas, citación de evicción, acción de desposeimiento contra terceros poseedores de finca hipotecada o acensuada y los interdictos.

El primero de ellos, es decir, el procedimiento monitorio, es aquel de carácter declarativo de deudas menores a quinientas Unidades Tributarias Mensuales, que no tienen una base documental, restringiéndose a todos aquellos casos en que la ley no les obligue a constar la deuda en un determinado documento (p.e. títulos de crédito).

No nos referiremos a los restantes procedimientos debido a que se mantienen en gran medida semejantes a los actuales.

### 4. CONSIDERACIONES FINALES

Al compararse los sistemas procesales brasileño y chileno, se constata que hay dos preocupaciones en común en ambos Proyectos de CPC, a saber, la efectividad y la celeridad. Puede verse, fácilmente, que ambos países proponen un nuevo CPC capaz de ser, en la práctica, más efectivo y rápido, sin perjuicio de no infringir los principios de contradicción y debida defensa.

Se trata, en verdad, de una preocupación mundial y que no se restringe a los Estados que hemos tratado.

Por lo tanto, cada uno de los países mencionados propone técnicas procesales capaces de alcanzar un ideal común. En Chile, entre otras, hay una gran preocupación con la instrucción procesal, proponiéndose la concentración de algunos actos procesales, especialmente, las audiencias. En Brasil, dentro las diferentes nuevas técnicas, se puede ver la creación de la “*sucumbência recursal*”, la cual inhibe la interposición de recursos meramente dilatorios. Al final, la parte perdedora se sujetará a la condena del pago de las costas de la contraparte lo que provoca un aumento en la responsabilidad profesional.

Así, en este momento histórico y, como ya fue señalado, el Derecho Procesal Comparado gana aún más importancia porque, en consecuencia, siempre es fructífera el intercambio de experiencias, reflexiones y propuestas científicas entre las naciones.

Belo Horizonte (Brasil) y Santiago (Chile), 06 de agosto de 2013.

*Dhenis Cruz Madeira*

*Jaime Carrasco Poblete*

*Francisco Javier Godoy Camus*



# CONTRADITÓRIO E PRECEDENTES: PRIMEIRAS LINHAS

*DIERLE NUNES<sup>1</sup> E  
RAFAELA LACERDA<sup>2</sup>*

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

### *Deveríamos abandonar a singularidade em prol da similaridade?*

Estamos em momento muito singular do ordenamento jurídico pátrio, no qual percebemos ao longo dos últimos 25 anos uma mudança muito consistente dos níveis de litigiosidade em aspectos qualitativos e quantitativos.

Esta mudança, conjuntamente com a transição para um modelo jurídico principiológico (Dworkin), as altas taxas de congestionamento, os novos perfis de litigiosidade repetitiva, vem cada vez mais gerando um peculiar modelo de Direito Jurisprudencial no qual os precedentes são usados para geração de padrões decisórios (mediante a técnica de causa piloto – *test claim* – *Musterverfahren*) e aplicação em casos idênticos.

Os teóricos, como pontua Calvino, passam a se dividir entre aqueles que propõem um novo paradigma teórico de melhoria qualitativa, embasado em sólidas bases constitucionais, e aqueles que defendem a manutenção das velhas premissas, em face do aumento quantitativo.<sup>3</sup>

Esta transição ganha especial importância em momento no qual se encontra, em etapa avançada de tramitação, no Congresso Nacional, um CPC projetado, norma que poderá viabilizar uma “nova gramática interpretativa” do estado adulterado de criação e aplicação do direito jurisprudencial no Brasil.

E nesse aspecto, a compreensão dos impactos do processo constitucionalizado (com nosso dinâmico modelo constitucional de processo), posto nas normas fundamentais do CPC projetado e em seu corpo (v.g. art. 499 – fundamentação racional), podem fornecer pressupostos interpretativos essenciais no sistema dogmático que se descortina.

- 
1. Doutor em Direito Processual (PUCMinas/Università degli Studi di Roma “La Sapienza”). Mestre em Direito Processual (PUCMinas). Professor Permanente do PPGD da PUCMINAS. Professor Adjunto na PUCMINAS e na UFMG. Membro do IBDP) e do IAMG. Advogado. E-mail: dierlenunes@gmail.com
  2. Graduanda em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais; Faculdade de Direito da UFMG. E-mail: rafaaufv@gmail.com.
  3. CALVINHO, Gustavo. La procedimentalización posmoderna. in BALIÑO, Juan Pablo Pampillo; PÁEZ, Manuel Alexandro Munive. (coord.) “Obra Jurídica Enciclopédica”. Ed. Porrúa: México D.F., volumen Derecho Procesal Civil y Mercantil (coord.: Mauricio A. Cárdena Guzmán y Carlos Sodi Serret), p. 135-155

Obviamente que, se esta legislação projetada for interpretada como mais uma reforma, desprovida de novas premissas e fundamentos interpretativos (comparticipativos), esta seria mais do mesmo, ou poderia gerar até mesmo efeitos deletérios; fato impensável em face das balizas constitucionais institutivas do projeto.

Dentro deste aspecto, há exatos dez anos, um dos autores do presente ensaio defende a necessidade de adoção do contraditório como garantia de influência e não surpresa na formação das decisões.<sup>4</sup>

Essa concepção já arraigada em outros países, em face da percepção anterior da importância dos direitos fundamentais processuais no dimensionamento e aplicação do direito processual, somente começou a ganhar maior destaque e efetividade no discurso processual pátrio efetivamente de poucos anos para cá.

Como já se informou em outra oportunidade sobre essa visão mais consistente do princípio do contraditório e sobre a nulidade das decisões de surpresa:

Nota-se que, uma vez que os poderes do julgador são aumentados, impõe-se a este o dever de informar às partes das iniciativas que pretende exercer, de modo a permitir a elas um espaço de discussão em contraditório (NORMAND, 1988, p. 724), devendo haver a expansão e a institucionalização do *dever de esclarecimento judicial* a cada etapa do procedimento, inviabilizando julgamentos surpresa (BENDER; STRECKER, 1978, p. 554). A colocação de qualquer entendimento jurídico (*v. g.* aplicação de súmula da jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores) como fundamento da sentença, mesmo que aplicada *ex officio* pelo juiz, sem anterior debate com as partes, poderá gerar o aludido fenômeno da surpresa. Desse modo, o *contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa* que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em “solitária onipotência” aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes (FERRI, 1988, p. 781-782). Ocorre que a decisão de surpresa deve ser declarada nula, por desatender ao princípio do contraditório. Toda vez que o magistrado não exercitasse ativamente o dever de advertir as partes quanto ao específico objeto relevante para o contraditório, o provimento seria invalidado, sendo que a relevância ocorre se o ponto de fato ou de direito constituiu necessária premissa ou fundamento para a decisão (*ratio decidendi*) (FERRI, 1988, p. 781-782). Assim, o contraditório não incide sobre a existência de poderes de decisão do juiz, mas, sim, sobre a modalidade de seu exercício, de modo a fazer do juiz um garante da sua observância e impondo a nulidade de provimentos toda vez que não exista a efetiva possibilidade de seu exercício (FERRI, 1988, p. 793). [...] Para a demonstração cabal do atual perfil participativo que o princípio possui em sua releitura democrática, faz-se necessária a

4. NUNES, Dierle. *O recurso como possibilidade jurídica discursiva do contraditório e ampla defesa*. Puc-Minas, 2003, dissertação de mestrado; NUNES, Dierle. *O princípio do contraditório*, Rev. Síntese de Dir. Civ. e Proc. Civil. v. 5. nº 29. p. 73-85, Mai-Jun/2004; NUNES, Dierle José Coelho, THEODORO JR, Humberto. Princípio do contraditório: tendências de mudança de sua aplicação. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. v.28, p.177 – 206, 2009. Nunes, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

análise pormenorizada do já aludido fenômeno intitulado “decisão de surpresa”, ou “decisione della terza via”, ou “*Überraschungsentscheidungen*”, que atribui a nulidade de decisões fundadas sobre a resolução de questões de fato e de direito não submetidas à discussão com as partes e não indicadas preventivamente pelo juiz (CIVININI, 1999, p. 4). O âmbito das decisões de surpresa possui interesse especialmente para as questões jurídicas, das quais o juiz poderá conhecer de ofício (LEBRE DE FREITAS, 1996, p. 102). Na verificação do Direito estrangeiro, percebe-se que não é recente a preocupação com essas decisões. Pollak, em 1931, ao comentar a ZPO austríaca, afirmava que o Tribunal não deve surpreender as partes na sentença com pontos de vista jurídicos não analisados na fase preliminar: se o Tribunal viola esse dever, o procedimento é viciado (CAPPELLETTI, v. II, p. 509). Denti afirmava que o fenômeno não era estranho a vários ordenamentos de diversas tradições e pressupostos ideológicos, mesmo naqueles em que havia ocorrido um notável aumento dos poderes do juiz na direção do processo e na obtenção dos materiais para a decisão (DENTI, 1968, p. 229). Defendia a posição de que a individuação da norma pelo juiz diversa da suscitada pelas partes dava lugar à necessidade do contraditório, caso em que da aplicação da referida norma surgisse “uma questão potencialmente idônea a definir a controvérsia” (DENTI, 1968, p. 225).<sup>5</sup> Porém, restringia a aplicação de sua tese a questões jurídicas prejudiciais (DENTI, 1968, p. 224). Bender e Strecker, ao comentarem, na Alemanha, o já aludido Modelo de Stuttgart. (cf. 4.3.1), afirmavam que a decisão de surpresa é um câncer na administração da justiça, visto que subverte a confiança daqueles que procuram justiça no Direito. É a razão principal por que na República Federal um número desproporcional de julgamentos da primeira instância eram impugnados pela via recursal (BENDER; STRECKER, 1978, p. 554). O contraditório deve ser desenvolvido em todo o *iter* processual, em relação tanto às atividades das partes quanto às atividades judiciais, de modo que “o exercício de poderes oficiosos constitua expressão de um princípio de colaboração e não de autoridade no processo” (tradução livre)<sup>6</sup> (CIVININI, 1999, p. 6).

Mostrava-se a necessidade de se aprofundar no estudo e implementação dos direitos fundamentais processuais em nosso país, notadamente, do contraditório. Seja pela notória tendência de reforço e diversificação dos papéis da Jurisdição após a Constituição de 1988, seja pela necessidade de se adotar uma nova dimensão no processo constitucional.

Essas novas perspectivas no direito pátrio ofertavam um contraponto ao discurso socializador (que remonta o final do Sec. XIX) que ainda mantinha a crença que somente com o reforço do protagonismo e ativismo judicial (este, em matriz institucional, pós segunda-guerra) conseguiríamos contornar os novos grandes desafios descortinados pela ampliação exponencial da garantia de acesso à justiça, com o decorrente aumento brutal da quantidade de litígios.

5. No original: “[...] una questione potenzialmente idonea a definire la controversia”.

6. No original: “[...] l’esercizio dei poteri ufficiosi costituisca espressione di un principio di collaborazione e non di autorità nel processo”.

Claro que ao se cogitar da aplicação do contraditório há de se perceber a necessidade de sua adequação e efetivação partindo das tipologias processuais e de litigiosidade, de modo a analisar o princípio a partir de sua adaptação coerente e legítima.

Assim, deve se pensar na interpretação do contraditório como pressuposto de base para o rompimento da abordagem reducionista das novas litigiosidades, pois, como já se teve oportunidade de tematizar em outras oportunidades,<sup>7</sup> o Brasil, e os tradicionais sistemas de *civil law*, vêm vivenciando um movimento de convergência com o *common law* que não pode mais ser considerado aparente,<sup>8</sup> devido a colocação de cada vez maior destaque ao uso da jurisprudência como fundamento de prolação de decisões pelo Judiciário pátrio e da própria prática advocatícia que se vale dos julgados como importante ferramenta argumentativa de persuasão (ou convencimento).

Evidentemente, que a construção e uso de julgados no Brasil para fundamentar decisões traz uma racionalidade peculiar (e equivocada) eis que as ementas e enunciados de súmula carregam a pretensão de fechamento argumentativo e de criação do ‘direito’ como se se tratassem de enunciados normativos (abstratos e gerais). Isto não é possível com o uso dos precedentes tradicionalmente aplicados no *common law*, onde a força de sua fundamentação busca as características do caso e suas *ratione decidendi* são aplicadas *nos limites do que foi ali debatido*. Esta diversidade de racionalidades merece ser explorada para a nova gramática de interpretação dos precedentes do Novo CPC.

Há de se perceber que após a efetiva falência do modelo processual reformista imposto, entre nós, após a década de 1990, que apostou, em apertada síntese, prioritariamente, em reformas legislativas (e não em uma abordagem panorâmica e multi-dimensional, nominada de “processualismo constitucional democrático”)<sup>9</sup> (e no ideal socializador de busca de reforço tão só do protagonismo judicial),<sup>10</sup> que alguns vêm a alguns anos, em face da explosão exponencial de demandas e dos altos índices de ‘congestionamento judicial’, defendendo um peculiar uso dos precedentes (vistos como padrões decisórios) para dimensionar a litigiosidade repetitiva.

O pressuposto equivocado é o de que mediante o julgamento de um único caso, sem um contraditório dinâmico como garantia de influência e não surpresa para sua

7. 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, vol. 189, p. 3, São Paulo: Ed. RT, nov. 2010. NUNES, Dierle. *Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória*. Revista de Processo, vol. 199, p. 38, São Paulo: Ed. RT, set. 2011.

8. HONDIUS, Ewoud. *Precedent an the law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelles, Bruylant, 2007.

9. NUNES, Dierle. *Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória*. Cit. p. 38

10. Para uma análise mais consistente dos equívocos do movimento reformista brasileiro conferir: Nunes, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

formação,<sup>11</sup> mediante a técnica de causa piloto,<sup>12</sup> o Tribunal Superior (e existe a mesma tendência de ampliação dessa padronização nos juízos de segundo grau no CPC Projetado) **formaria um julgado** (interpretado por nós como precedente) **que deveria ser aplicado a todos os casos “idênticos”**.

Pode-se notar a intenção de estender o âmbito de aplicabilidade das decisões judiciais, fazendo com que o Judiciário no menor número de vezes possível tenha que se aprofundar na análise de questões similares, tornando-se mais **eficiente quantitativamente** através do estabelecimento de padrões a serem seguidos nos casos idênticos subsequentes, sob o argumento de preservação da isonomia, da celeridade, da estabilidade e da previsibilidade do sistema.

Neste particular, o movimento reformista brasileiro convergiria para alguns, de modo peculiar, com o sistema do *common law*, ao adotar julgados que devem ser seguidos nas decisões futuras – o que configuraria uma peculiar forma de precedente judicial, com diferentes graus de força vinculante.

Falta, assim, aos nossos Tribunais uma formulação mais robusta sobre o papel dos “precedentes”.<sup>13</sup> Se a proposta é que eles sirvam para indicar aos órgãos judiciários qual o entendimento “correto”, deve-se atentar que o uso de um precedente apenas pode se dar fazendo-se comparação entre os casos – entre as hipóteses fáticas –, de forma que se possa aplicar o caso anterior ao novo.

Parece prevalecer um modelo de aplicação de precedentes como regras de Shauer, tendendo ao uso de julgados (e súmulas), pelos juízes de primeiro e segundo grau, com redução de sua responsabilidade, mas com aceitação de uma busca de eficiência que permite decisões sub-ótimas.

Quando explica o critério de eficiência na aplicação de precedentes de Shauer, Maues aduz que:

[...] quando um agente decide de acordo com regras, ele se encontra parcialmente livre da responsabilidade de analisar cada característica relevante do caso, concentrando sua atenção somente na presença ou ausência de alguns fatores. O resultado seria uma maior eficiência do processo de tomada de decisão, pois os agentes estariam livres para cumprir outras responsabilidades e não haveria duplicação de esforços dentro do mesmo ambiente decisório em eliminar suas vantagens. No que se refere ao argumento da confiança, seu valor depende da medida em que

- 
11. Cf. THEODORO JR. Humberto, NUNES, Dierle. Princípio do contraditório: tendências de mudança de sua aplicação. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas., v. 28, p. 177 – 206, 2009.
  12. “Trata-se de uma técnica conhecida em diversos países, que a denominam de ‘caso-piloto’, ‘caso-teste’ ou ‘processo-mestre’. Consiste o mecanismo em permitir que, entre várias demandas idênticas, seja escolhida uma só, a ser decidida pelo tribunal, aplicando-se a sentença aos demais processos, que haviam ficado suspensos. Esse método é utilizado pela Alemanha, Áustria, Dinamarca, Noruega e Espanha (nesta, só para o contencioso administrativo).” (GRINOVER, Ada Pellegrini. “O tratamento dos processos repetitivos”. JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coord). *Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Junior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 5
  13. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. V. 79, n.2, abr.-jun./ 2013. p. 118-144.

um ambiente decisório tolera resultados sub-ótimos, a fim de que os afetados pelas decisões sejam capazes de planejar certos aspectos de sua vida. Essa tolerância tende a diminuir quanto mais relevantes forem os fatos suprimidos, ou menos relevantes, os fatos destacados no predicado da regra, e também quanto mais a decisão estiver abaixo da melhor decisão que seria tomada se todos os fatores fossem levados em conta. Assim, decisões erradas podem acabar tornando mais difícil confiar em quem as toma. Quanto à busca de eficiência, Schauer considera que seu valor depende das outras destinações que podem ser dadas aos recursos decisórios economizados, e se for um uso valioso pode tolerar um certo número de resultados sub-ótimos. Portanto, quando os recursos decisórios não são escassos ou há poucas alternativas atraentes para seu uso, é menos provável que os benefícios da eficiência tenham mais peso que os custos necessariamente envolvidos em qualquer processo de tomada de decisão que não esteja apto para buscar o resultado ótimo em cada situação.<sup>14</sup>

Porém, ao invés de se promover a imposição de uma concepção de acesso à justiça democrático,<sup>15</sup> continuamos a dedicar maior vigor na busca de alterações legislativas e, agora, num CPC Projetado; o qual recentemente teve aprovado seu relatório na Comissão Especial da Câmara dos Deputados em 16 de julho de 2013 (Relatório do Dep. Paulo Barradas, Presidência do Dep. Fábio Trad) e início de discussão no plenário no dia 27 de agosto, cinco sessões de discussão e previsão de votação em outubro de 2013.

**Felizmente, o mesmo (CPC projetado) desde a redação do anteprojeto consagrou a concepção dinâmica do Contraditório no seu art. 10,<sup>16</sup> com a confessada adoção de um modelo participativo ou cooperativo de processo.**

No entanto, muitos ainda não perceberam o impacto que tal concepção gerará em termos de avanço no trato da litigiosidade tradicional (individual e patrimonial) e nas novas litigiosidades (com destaque para a repetitiva).

Isto pois o dispositivo, consagrado na parte geral do Código Projetado, conjuntamente com o dispositivo que impõe uma fundamentação racional legítima (art. 499<sup>17</sup>),

14. MAUÉS, Antônio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. *Revista Direito GV*, São Paulo 8(2) | p. 611 | JUL-DEZ 2012.

15. NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013.

16. “Art. 10. Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício.”

17. “Art. 499. São elementos essenciais da sentença: I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em

servirão de pressupostos para a interpretação de todas as técnicas processuais; seja no trato da técnica cognitiva de primeiro grau, seja na formação dos precedentes (padrões decisórios), que vêm sendo usados para o trato da litigiosidade repetitiva.

Em relação a litigiosidade individual, em outros textos,<sup>18</sup> mostrou-se que tal concepção de contraditório é extremamente bem vinda, desde que adotada uma metódica fase de preparação do procedimento que filtre todas as questões a serem debatidas e provadas na fase de debates. Contraditório dinâmico e fase preparatória metódica da cognição devem ser analisados emnexo instrumental; um depende do outro para evitar que o juiz tenha que promover aberturas de vistas constantes, em face da carência de filtragem concentrada das questões. Mas para uma percepção melhor remeto os leitores aos trabalhos antigos.

Aqui interessa o trato, mesmo que perfunctório, do impacto do contraditório dinâmico na formação dos precedentes.

Já se vem criticando o modo superficial e romântico como a técnica de precedentes vem sendo utilizada pelos tribunais pátrios; sejam os superiores na formação, sejam os de segunda grau, os aplicando, de inexplicável modo mecânico.

Ocorre que com a adoção normativa do contraditório dinâmico será impensável pensar que um julgado de um tribunal (superior ou de segundo grau) pelo simples fato de ter passado pela técnica de causa piloto, vá ter o condão de gerar um padrão decisório hábil a obter alto teor persuasivo (ou mesmo efeitos vinculantes) se não tiver promovido uma análise extenuante de todos os argumentos relevantes na discussão do caso.

No entanto, para a demonstração da necessidade de releitura dos sistema de formação dos precedentes, e da necessidade de se discutir a força do contraditório de modo mais claro, é absolutamente imperativa a análise prévia das premissas do movimento de convergência.

## 2. ALGUMAS PREMISSAS DA PERCEPÇÃO DA CONVERGÊNCIA DE SISTEMAS..

Os sistemas jurídicos contemporâneos, devido às suas complexidades, não se apresentam mais como modelos “puros” de aplicação, podendo-se perceber uma tendência

---

juízo ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o órgão jurisdicional deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

18. NUNES, Dierle. *O princípio do contraditório*, *Rev. Síntese de Dir. Civ. e Proc. Civil*. v. 5. nº 29. p. 73-85, Mai-Jun/2004; NUNES, Dierle José Coelho, THEODORO JR, Humberto. Princípio do contraditório: tendências de mudança de sua aplicação. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. v.28, p.177 – 206, 2009. Nunes, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008. NUNES, Dierle; NASCIMENTO, Renata Gomes. A fase preliminar da cognição e sua insuficiência no projeto de lei do Senado nº 166/2010 de um novo Código de processo civil brasileiro. in. BARROS, Flaviane Magalhães; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Reforma do Processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Editora fórum, 2010. p. 201-229

mundial de convergência entre os sistemas de *Common Law* e *Civil Law*. Nesse sentido, países de tradição do *Civil Law*, como o Brasil, vêm adotando de modo mais denso em sua prática jurídica, e mesmo no desenho institucional de seus sistemas judiciários, um modelo de aplicação de precedentes como fonte do Direito.

É fato indubitável que a aplicação de precedentes é uma ferramenta essencial para a efetivação do princípio da segurança jurídica, bem como do princípio constitucional a fundamentação das decisões judiciais<sup>19</sup> (art. 93, IX, CRFB/88), uniformizando a aplicação do direito e contribuindo para a celeridade e eficiência do sistema judicial. Isso porque o precedente facilita o julgamento de demandas repetitivas e, geralmente, implementa o princípio da igualdade formal entre os jurisdicionados<sup>20</sup>, que, ao promoverem demandas, passariam a contar com respostas uniformes por parte do Judiciário.

No entanto, é notável que a experiência de uso de precedentes no sistema judicial brasileiro tem se revelado acentuadamente diferente daquela dos países de tradição do *Common Law*. Tanto na doutrina, quanto na prática jurídica, percebe-se uma enorme confusão conceitual no processo argumentativo ao se defender a aplicação de “súmulas”, “súmulas vinculantes”, “jurisprudência”, “julgados” e “precedentes”. Nesse processo não é raro que os técnicos defendam como “vinculante” jurisprudência preventiva, de modo que o precedente é criado e aplicado ao mesmo tempo.

E não apenas as partes sofrem dessa confusão, mas os próprios juízes que aplicam precedentes em suas decisões: falta a habilidade de manejo do *distinguishing* e do *overruling* e no respeito e continuidade às decisões proferidas pelas Cortes. Nesse contexto, não é raro que um mesmo órgão jurisdicional profira decisões contraditórias sem tomar o cuidado de harmonizá-las com seu passado institucional.

Surgem conflitos sincrônicos (*synchronous*), que ocorrem quando a mesma matéria é decidida de modo diferente e concomitantemente ou em pequenos espaços temporais, e conflitos diacrônicos (*diachronic*), quando o mesmo tema é decidido de modo diverso ao longo do tempo.<sup>21</sup> Ambos dificultam a verificação da efetiva posição do Tribunal

19. “[...] há uma regra constitucional segundo a qual ‘todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões’. Tal norma expressamente declara *nulas* todas as decisões judiciais não propriamente “fundadas” em *razões explicitamente formuladas*, o que estabelece um dever para os Tribunais Superiores em revertê-las.” [tradução livre do inglês: “[...] there is a constitutional rule according to which ‘all judgments shall be public and all decisions properly justified’. Such norm expressly renders *void* all judicial decisions not properly ‘grounded’ on *explicitly formulated reasons*, establishing a duty for the Higher Courts to reverse them.”] Cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Precedent in Brazil. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.290.

20. “[...] o princípio da *justiça formal* (exigência de igualdade de tratamento) exige que a decisão seja tomada olhando-se para o futuro (*forward-looking*) e para o passado (*backward-looking*) [MacCormick 1978-a: 75; MacCormick 2005: 148]: uma decisão jurídica justificável onde surjam disputas sobre questões de direito deve estar fundamentada em regra jurídica que não seja nem *ad hoc* nem *ad hominem* [MacCormick 2005: 148].” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p.45)

21. TARUFFO, Michele. Precedent in Italy. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant,

sobre alguma temática, gerando-se a ausência de uma estabilidade decisória horizontal (tribunal respeitar suas decisões) e dificuldade de obtenção de uma estabilidade vertical (juízes e tribunais funcionalmente inferiores respeitarem).

Chega-se ao absurdo do negar-se por completo o passado de análise do tema no Tribunal, atribuindo uma força maior às decisões mais recentes, quando somente a busca do *leading case* e a reconstrução da cadeia de julgados, mediante um comparativo analítico, permite a aplicação correta.

Observa-se que esse mal acomete os Tribunais Superiores, que carregam a missão constitucional de uniformização da interpretação da Constituição e das leis federais.

Quanto à jurisdição de primeiro e segundo grau, o problema se torna ainda maior, pois se os julgados das Cortes Superiores encontram-se conflitantes, fica aberto o espaço para sua não aplicação por aqueles, ou para o surgimento de “entendimentos” divergentes por essas instâncias inferiores, subutilizando a estrutura constitucional do Judiciário brasileiro.

Portanto, nota-se a necessidade de adoção de uma sólida teoria de precedentes, para que o sistema judicial brasileiro possa gozar dos benefícios de previsibilidade, excelência e qualidade na produção de decisões judiciais que países legatários da doutrina do *stare decisis* gozam, minando problemas de insegurança jurídica e morosidade para os litigantes, num contexto de amplo acesso à justiça democrático.

Ademais, é absolutamente necessária a mudança de nosso paradigma de aplicação, que se preocupa pouco com as *ratione decidendi* (holding) e se contenta com a aplicação quase mecânica de súmulas e ementas, que parcamente representam o julgado utilizado como base.

### 3. A EXPERIÊNCIA DO DIREITO ESTRANGEIRO .... E ALGUMAS CONEXÕES COM O SISTEMA PÁTRIO..

Antes que se analise o contexto brasileiro, e de modo breve, as novas interações com o contraditório, urge promover uma análise do direito estrangeiro, colocando em evidência como a experiência estrangeira.

#### 3.1. Precedente e a experiência angloamericana

**Precedente**, segundo Bustamante seria, de maneira ampla, qualquer decisão preterita que seja evocada por um juiz para justificar uma decisão posterior. Contudo, ele destaca que, enquanto nos países de tradição de *Civil Law*, **as razões dadas no precedente** são o elemento em que se foca a argumentação quando do uso do julgado, no caso do *Common Law* a ênfase é dada na **autoridade da Corte que a proferiu**. Assim, o uso do precedente na **tradição inglesa** dependeria diretamente da repetição dos fatos concretos que se ligaram à decisão evocada, bem como da autoridade do juiz

que a proferiu: essa autoridade seria determinante para se decidir se o julgado contém uma *ratio decidendi* a ser obrigatoriamente reproduzida em decisões futuras ou se goza apenas de força persuasiva (argumentativa), sendo um mero *dictum*<sup>22</sup>.

Pontue-se que predomina um pressuposto positivista de que a decisão obtem esta força por uma autorização de que o juiz possa produzir o direito. Aspecto, inclusive, criticado (como em Dworkin)

Por *ratio decidendi* pode-se ter diversas concepções: i) compreendida como norma geral que se vê afirmada como suficiente para decidir o caso num esquema de subsunção, a concepção de *ratio decidendi* poderia se aproximar da construção da *massima* italiana, ou da súmula brasileira; ii) compreendida como uma versão contextualizada da norma geral que se liga aos fatos e aos argumentos que a enunciam para resolver o caso; iii) compreendida como um argumento essencial da argumentação judicial, podendo ser um fato ou uma norma<sup>23</sup>. Nessas duas últimas concepções, entrevê-se diferentes teorias para a compreensão do precedente na tradição britânica.

No sistema do **Common Law inglês, o uso do precedente judicial** com autoridade para embasar futuras decisões judiciais deriva de uma prática jurídica (tradição judicial) ou da autoridade pura ou essencial do agente público, o juiz (explicação positivista)<sup>24</sup>: “[...] a força vinculante do precedente está intrinsecamente conectada às matérias jurídicas tratadas pela Corte que o decidiu e à sua relação com os fatos do caso.”<sup>25</sup>.

É tradição judicial a aceitação de que o Parlamento, uma vez que legisle, pode derrogar ou mudar o direito comum<sup>26</sup>. Esse entendimento se desenvolveu sobretudo a partir da segunda metade do séc. XIX, quando regras surgiram que reforçaram a autoridade atribuída aos precedentes, conjuntamente com uma profunda reforma no sistema judiciário e com a sistematização dos registros da atividade decisória<sup>27</sup>.

- 
22. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Precedent in Brazil. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht*, 16-22 July 2006. Bruxelas: Bruylant, 2007. pp.300-301.
  23. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Precedent in Brazil. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht*, 16-22 July 2006. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.302.
  24. POSTEMA, Gerald J.. Some Roots o four notion of precedent. In: GOLDSTEIN, L. (Ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon, 1987. Pp.9-33. *Apud*: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Precedent in Brazil. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht*, 16-22 July 2006. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.293.
  25. WHITTAKER, Simon. Precedent in English Law: a view from the citadel. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht*, 16-22 July 2006. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.36.
  26. WHITTAKER, Simon. Precedent in English Law: a view from the citadel. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht*, 16-22 July 2006. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.31.
  27. WHITTAKER, Simon. Precedent in English Law: a view from the citadel. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht*, 16-22 July 2006. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.37.

Além disso, traço marcante do sistema processual inglês é que as partes não buscam apenas provar os fatos alegados: é-lhes oposta a obrigação de evocar e provar o direito, com as autoridades (legais, jurisprudenciais, costumeiras) que embasam a pretensão, demonstrando que, seguida a linha argumentativa da parte, o conflito fático pode ser resolvido a partir do direito demonstrado. O Juiz, a sua vez, não apenas determinará os fatos, mas afirmará qual a resolução jurídica trazida pelas partes guarda pertinência para a resolução da lide<sup>28</sup>.

Nesse sentido, Whittaker afirma que a máxima do Civil Law, *curia nouit legem* [ou *da mihi facti dabo tibi ius*], não se verifica verdadeira no processo judicial inglês<sup>29</sup>, pois há reflexos relevantes para a decisão *per incuriam*, ou seja, aquela em que o precedente carrega uma decisão proferida com o desconhecimento judicial do estado evolutivo do direito àquele tempo. Tal precedente **carece de força vinculante**, pois a Corte decidiu sem “saber” o direito<sup>30</sup>. **A autoridade do precedente também pode ser restringida caso o juiz inove em sua decisão trazendo argumentos que não foram defendidos pelas partes, não submetidos, portanto, ao contraditório. Esse traço revela uma ativa participação das partes inclusive na produção do precedente, sendo que a efetiva discussão das teses jurídicas é elemento determinante para revestir o julgado de autoridade vinculante.**

**O que demandaria uma reflexão, entre nós, do papel das técnicas de participação das partes e da utilização legítima dos *amici curiae* na formação dos precedentes.**

Além dessas considerações, há pelo menos duas classes de procedimentos aceitos pela doutrina para determinar, dentro de um caso, quais de suas partes são vinculantes e quais não são necessárias ou essenciais, procedimentos que conformam a chamada “Doutrina do Precedente”. Primeiramente, deve-se separar qual parte do julgado é capaz de vincular decisões futuras (*ratio decidendi*<sup>31</sup>) e qual parte não é central, e portanto não

28. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p.45.

29. WHITTAKER, Simon. Precedent in English Law: a view from the citadel. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007. pp.37-38.

30. WHITTAKER, Simon. Precedent in English Law: a view from the citadel. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.38.

31. “A *ratio decidendi* de um caso, ou a base de uma decisão, pode ser definida como a proposição jurídica, ou as proposições jurídicas, que são necessárias para a resolução do caso a partir dos fatos. Aqui, eu uso a expressão neutra “proposição jurídica” para reconhecer que as vezes a *ratio* pode ser expressa como uma regra, como a definição de um conceito jurídico (ou aspecto de um conceito jurídico), ou mesmo como uma asserção jurídica mais ampla, que pode ser chamada de princípio.” Tradução livre de: “A case’s *ratio decidendi* or grounds of its decision may be defined as that proposition of law or those propositions of law which are necessary for the disposal of the case on the facts. Here, I use the fairly neutral phrase ‘proposition of law’ so as to recognise that sometime the *ratio* may be expressed as a ‘rule’, sometimes as a definition of a legal concept (or aspect of a legal concept), and sometimes even a broader legal statement, worthy of being called a principle.” (WHITTAKER, Simon. Precedent in English Law: a view from the citadel. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.41.)

vinculante, apesar de gozar de força persuasiva (*obter dictum*)<sup>32</sup>. Em segundo lugar, a vinculatividade depende da autoridade da Corte que profere o precedente em questão, sendo mandatória a observância do precedente vertical (Cortes superiores vinculam as inferiores) e existindo inclusive o precedente horizontal, até em última instância (a Corte dos Lordes se vincula aos próprios precedentes)<sup>33</sup>.

Finalmente, há uma notável preocupação das Cortes com os fatos concretos do caso, buscando-se relacionar a solução encontrada com as especificidades do litígio, de modo a se produzir um repertório bem especificado para o *corpus do stare decisis*: “[...] sua força vinculante depende de sua ligação com os fatos da decisão na qual eles foram declarados e em sua ligação com os fatos da decisão para a qual se argumenta que o precedente seja aplicável.”<sup>34</sup>. De outro modo, o engessamento do sistema e a impossibilidade da evolução dos debates judiciais se faria inevitável.

O grande dilema dos juristas ingleses, segundo Whittaker é justamente o equilíbrio entre um **uso judicial do precedente que potencialmente pode engessar toda atividade judicial futura**, com a possibilidade de novas decisões sobre assuntos já anteriormente tratados e deliberados: “[...] os juízes procuram resolver a tensão entre as virtudes da coerência e justiça proporcionadas pelo *stare decisis* e a necessidade de se adaptar o direito para garantir decisões acertadas para os fatos que constantemente mudam perante si.”<sup>35</sup>.

A **experiência norte-americana** oferece uma realidade parecida com a inglesa, apesar de não ser comum uma teorização profunda acerca do precedente. De maneira direta, ele é compreendido como a aplicação da Constituição ou da lei ao caso presente tal qual foi feito anteriormente quanto a casos semelhantes. Essa reprodução e continuidade guarda importância prática na familiarização do cidadão com a legislação, observando-se em casos concretos as implicações de enunciados jurídicos abstratos<sup>36</sup>.

32. WHITTAKER, Simon. Precedent in English Law: a view from the citadel. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht*, 16-22 July 2006. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.40.

33. WHITTAKER, Simon. Precedent in English Law: a view from the citadel. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht*, 16-22 July 2006. Bruxelas: Bruylant, 2007. pp.42-43.

34. Tradução livre de: “[...] their binding forced depends on their relationship to the facts of the decision in which they were declared and on their relationship to the facts of the decision in which they are subsequently claimed to apply.” (WHITTAKER, Simon. Precedent in English Law: a view from the citadel. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht*, 16-22 July 2006. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.42.)

35. Tradução livre de: “[...] the judges seek to resolve the tension between the virtues of consistency and fairness which lie behind stare decisis and the need to adapt the law to do justice to the evolving facts before them.” (WHITTAKER, Simon. Precedent in English Law: a view from the citadel. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht*, 16-22 July 2006. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.73.)

36. SELLERS, Mortimer N.S. The Doctrine of precedent in the United States of America. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht*, 16-22 July 2006. Bruxelas: Bruylant, 2007. pp.112 e 132.

O precedente também pode ser compreendido como uma necessidade lógica, pela qual o juiz torna o seu trabalho ao mesmo tempo coerente e contínuo, **o que dá previsibilidade às decisões da Corte**, fazendo o exercício do Poder político aceitável: um só direito, tanto no texto legal quanto na prática judicial<sup>37</sup>. Nesse sentido, não poderia haver finalidade ou estabilidade no sistema judiciário, caso a manutenção de entendimentos passados fosse deixada de lado<sup>38</sup>.

Tal qual a tradição inglesa, o precedente existe tanto em sua modalidade vertical (com Cortes superiores no topo da organização judiciária, proferindo decisões que vinculam as Cortes inferiores) quanto horizontal (pelo qual as Cortes que proferem as decisões sentem-se obrigadas a manter a coerência de sua orientação em casos futuros, necessariamente considerando tais decisões em seus processos argumentativos). Como reação aos perigos do engessamento da doutrina do *stare decisis*, é um traço comum na prática judiciária que os juízes enunciem em suas decisões o mínimo possível de fatos relevantes, de modo a não minar a atividade judicial futura, abrindo-se amplo espaço para a prática do *distinguishing*, pela qual, presentes outros suportes fáticos, não obstante a semelhança de situações, uma decisão distinta pode ser proferida, afastando-se a imposição do *stare decisis* ao novo caso<sup>39</sup>.

Além disso, pode se verificar que quando se conclui que as razões dadas no precedente encontram-se inadaptadas ou mal justificadas, é aberta a possibilidade do *overruling*, desde que utilizado de maneira parcimoniosa, de modo a não colocar em risco a confiança do público na atividade judicial<sup>40</sup>. A doutrina do *stare decisis*, nesses termos, não é inexorável na prática judiciária norte-americana, havendo espaço para a superação do precedente (citando-se aqui *Brown v. Board of Education*, no qual ocorreu *overruling* de toda uma série de precedentes)<sup>41</sup>.

### 3.2. Precedente versus jurisprudência

Segundo Taruffo, há que se fazer uma distinção entre precedente e jurisprudência:

Quando se fala em precedente se faz normalmente referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto que quando se fala da jurisprudência

- 
37. FRIED, Charles. *Saying What the Law Is: The Constitution in the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p.5.
38. SELLERS, Mortimer N.S. The Doctrine of precedent in the United States of America. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht*, 16-22 July 2006. Bruxelas: Bruylant, 2007. p. 133.
39. SELLERS, Mortimer N.S. The Doctrine of precedent in the United States of America. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht*, 16-22 July 2006. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.112.
40. SELLERS, Mortimer N.S. The Doctrine of precedent in the United States of America. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht*, 16-22 July 2006. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.134.
41. SELLERS, Mortimer N.S. The Doctrine of precedent in the United States of America. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht*, 16-22 July 2006. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.123.

dência se faz normalmente referência a uma pluralidade, frequentemente bastante ampla relativa a vários e diversos casos concretos [...] em regra a decisão que se assume como precedente é uma só, de modo que fica fácil identificar qual decisão faz precedente. Ao contrário nos sistemas nos quais se alude à jurisprudência, se faz referência normalmente a muitas decisões: às vezes são dúzias até mesmo centenas.<sup>42</sup>

Ainda, existem problemas decorrentes da dificuldade de estabelecer qual decisão seja verdadeiramente relevante ou de decidir quantas decisões são necessárias para que se possa dizer que existe jurisprudência firmada e pacífica a respeito de determinada interpretação da norma<sup>43</sup>.

### 3.3. Diferentes graus de vinculatividade

No **caso brasileiro**, o instituto das súmulas revelam uma tendência muito maior a generalizações e à procura por normas gerais afirmadas nos julgados do que a prática inglesa de valorização dos fatos concretos e separação metódica entre *ratio* e *dictum*. Contudo, é de se assinalar que o Supremo Tribunal Federal não é estranho a esse *modus operandi*, extremamente útil em se tratando das dúvidas que podem surgir da tradicional estrutura das decisões judiciais brasileiras – fatos, fundamentos, dispositivo –, já tendo afirmado a doutrina dos *fundamentos relevantes*<sup>44</sup> do julgado, que conformam o precedente e são vinculantes<sup>45</sup>.

42. TARUFFO, Michelle. Precedentes e Jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, n.199, pp.142-143, 2010.

43. TARUFFO, Michelle. Precedentes e Jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, n.199, pp.142-143, 2010.

44. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Precedent in Brazil. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht*, 16-22 July 2006. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.290.

45. RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP. SEQÜESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/00. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Preliminar. Cabimento. Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua. 2. Ordem de seqüestro deferida em razão do vencimento do prazo para pagamento de precatório alimentar, com base nas modificações introduzidas pela Emenda Constitucional 30/2000. Decisão tida por violada – ADI 1662-SP, Maurício Corrêa, DJ de 19/09/2003: Prejudicialidade da ação rejeitada, tendo em vista que a superveniência da EC 30/00 não provocou alteração substancial na regra prevista no § 2º do artigo 100 da Constituição Federal. 3. Entendimento de que a única situação suficiente para motivar o seqüestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a essa não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento ou a não-inclusão orçamentária. 4. Ausente a existência de preterição, que autorize o seqüestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial **do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia erga omnes e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.** 5. Mérito. Vencimento do prazo para pagamento de precatório. Circunstância insuficiente para legitimar a determinação de seqüestro. Contrariedade à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. Reclamação admitida e julgada procedente. (grifou-se) (STF, Rcl nº 1987, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 21/04/2004)

Bustamante propõe, finalmente, que no sistema brasileiro há diferentes níveis de peso que se pode dar ao precedente. Nos casos de inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal, tratar-se-ia de **precedentes vinculantes num sentido forte**, pois outros Tribunais e o Executivo – mas não o Legislativo – estariam impedidos de aplicar a lei ou ato normativo declarado inconstitucional, gozando o ofendido do remédio da Reclamação, para dar imediata efetividade à deliberação do STF.

Já quanto aos demais precedentes, chamados vinculantes num sentido fraco, haveria diferentes pesos, de acordo com a conformação de cada julgado. Bustamante enumera algumas variáveis que poderiam ser consideradas no processo de argumentação por precedentes, no caso dos julgados vinculantes num sentido fraco, na tradição brasileira:

- i) a existência de uma Súmula das Cortes Superiores sobre o assunto;
- ii) a existência de “jurisprudência reiterada” da Corte acerca da matéria;
- iii) o ônus argumentativo do juiz ordinário para dissentir de um julgado de Corte Superior ou do Tribunal a que se filia;
- iv) o grau de aderência de um precedente perante outras Cortes;
- v) o grau de aderência a um precedente perante as câmaras ou turmas do Tribunal;
- vi) precedentes emitidos por Cortes especializadas (Justiça Eleitoral, Militar, do Trabalho) não vinculariam a Justiça Comum e vice-versa;
- vii) no caso de conflito entre precedentes, ambos teriam apenas força persuasiva, mas não vinculante;
- viii) decisões isoladas teriam mero poder persuasivo, dependendo diretamente de sua qualidade;
- ix) a autoridade, sozinha, não deveria justificar precedentes, pois justificação deficiente desqualificaria a decisão (art. 93, IX, CRFB/88)<sup>46</sup>;
- x) decisões que se referem a normas específicas em suas razões tornam-se mais consolidadas e tornam mais difícil o aparecimento de exceções ao decidido.

Esse conjunto de fatores evidencia a complexidade do uso de precedentes na argumentação jurídica no caso brasileiro, não obstante sua utilidade e necessidade, de vista dos fatores institucionais que reclamam sua aplicação. Conforme se verá a seguir, sua introdução no sistema brasileiro, via legal e constitucional, fomentou uma profunda alteração da tradição jurídica pátria, com inerentes dificuldades que acompanharam tais alterações.

---

46. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Precedent in Brazil. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007. pp.305-306.

#### 4. CONVERGÊNCIA ENTRE COMMON LAW E CIVIL LAW NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: APLICAÇÃO DE PRECEDENTES

Até o fim do segundo pós-guerra prevalecia uma noção positivista das fontes do Direito, em que a lei era uma diretriz suprema, de modo que cabia ao julgador apenas aplicá-la sistemática e dogmaticamente. Com o fim da segunda guerra, emergiu uma nova doutrina pós-positivista que afirma a existência de valores supralegais, que superaram a mera aplicação fria da letra da lei, de modo que foi suplantada a concepção de que “o legislativo dita o que será *reproduzido* pelo julgador”, afirmando-se desse modo a discricionariedade judicial na aplicação da lei.

Assim, após o surgimento de tal doutrina, observou-se no Brasil uma constante valorização dos julgados dos Tribunais como elemento persuasivo nas decisões judiciais.

A partir década de 1960 adotou-se o modelo de súmulas (Enunciados de Súmula da Jurisprudência Dominante) no STF que, tal como as atuais, eram pequenos enunciados de matérias recorrentemente julgadas pelo Tribunal.

Com a elaboração do Código de Processo Civil de 1973, introduziu-se o Capítulo I, do Título IX (arts. 476 a 479 do CPC), que dispõe sobre a Uniformização da Jurisprudência, mantendo-se, em verdade, a alteração feita na década de 1950 no CPC de 1939, dispondo sobre a mesma “uniformização de jurisprudência”. Trata-se da uniformização horizontal, produzida dentro dos Tribunais, com fins institucionais, de criação de uma identidade de julgamento dentro do mesmo órgão jurisdicional colegiado. Dos julgamentos dirimentes da divergência resultarão súmulas, indicativas da jurisprudência prevalecente, com conteúdo persuasivo.

Com a Constituição de 1988 esse movimento inicialmente legal tomou força. Princípios constitucionais como o da igualdade formal (art. 5º, *caput*) e o da fundamentação racional das decisões judiciais (art. 93, IX) foram determinantes para dar dignidade constitucional à necessidade de coerência e continuidade como atributos da atividade judicante. Como bem pontua Ricardo Marcelo Fonseca:

Essa mudança histórica de rumos obviamente afeta profundamente o sistema das fontes formais. Na medida em que a lei perde sua aura de diretriz soberana e absoluta e deve ser confrontada em todos os momentos com a axiologia constitucional, o papel da jurisprudência – e sobretudo das Cortes Constitucionais – ganha um novo relevo. A última palavra sobre a validade da lei diante da Constituição ocorrerá nos tribunais, e não mais nos Parlamentos.<sup>47</sup>

Com a criação do STJ, houve um apelo pela uniformização da interpretação da legislação federal, principalmente a partir da definição na Constituição de 1988 da competência do Tribunal para dirimir dissídio pretoriano, além da possibilidade de edição de súmulas persuasivas.

47. Fonseca, Ricardo Marcelo. A jurisprudência e o sistema das fontes no Brasil: uma visão histórico-jurídica. Revista Seqüência, nº 58, p. 23-34, jul. 2009.

Outra alteração técnica considerável foi a introdução do art. 557<sup>48</sup> do CPC com a Lei nº 9.756/98 que permite o julgamento através da jurisprudência, o que possibilitou a inadmissão de recursos baseada em súmula ou mesmo em jurisprudência dominante de Tribunal Superior.

No entanto, a modificação mais polêmica introduzida até então veio com a Emenda Constitucional nº 45/2004 que introduziu a súmula vinculante. Após discussão extensa, buscou-se consolidar a aplicação do entendimento jurisprudencial como critério de julgamento, de modo que a jurisprudência perdesse o caráter meramente persuasivo e passasse a ter caráter de aplicação obrigatória, vinculante em todos os Tribunais brasileiros.

A mesma Emenda Constitucional introduziu o § 3º, ao art. 103-A da Constituição da República de 1988, prevendo o recurso à Reclamação para sancionar o descumprimento judicial ou administrativo de súmula vinculante<sup>49</sup>.

Outra reforma processual relevante foi a introdução dos arts. 543-A e 543-B com a Lei 11.418/2006 que determinou a demonstração de Repercussão Geral como requisito de admissibilidade recursal perante o STF. Tal requisito, além de filtrar o recurso por sua transcendência jurídica, política e social, é capaz de sobrestar todos os demais recursos extraordinários na origem que possuam “a mesma temática” do recurso paradigma que será julgado com efeitos pan-processuais sobre os demais,

Ainda houve a introdução do art. 543-C pela Lei nº 11.672/2008 que introduziu a chamada “Técnica do Julgamento do Recurso Repetitivo” para o STJ. Tal técnica, ao contrário do que ocorre no STF, não é um requisito de admissibilidade, porém, do mesmo modo haverá o pinçamento de apenas um recurso paradigma pelo Presidente do Tribunal de Origem e os demais ficaram sobrestados, de modo que o julgamento desse recurso escolhido promoverá a uniformização jurisprudencial para todos aqueles que guardam a mesma temática, segundo critérios subjetivos do Presidente do Tribunal de Origem.

Também, como exemplo pitoresco da força que a aplicação jurisprudencial adquiriu no atual sistema jurídico brasileiro é o PARECER PGFN/CRJ/Nº 492 /2010, publicado em março de 2011. Tal parecer trata de diretrizes direcionadas aos procuradores da Fazenda Pública para evitar a interposição de recursos infrutíferos, quando houver jurisprudência dos tribunais superiores a respeito. Ou seja, há uma orientação interna da Procuradoria da Fazenda sobre como observar e eventualmente recorrer extraordinariamente, de vista dos precedentes dos Tribunais Superiores. Veja-se:

---

48. 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

49. “Art. 103-A [...]”

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

Dentre os dispositivos legais veiculadores de mecanismos processuais que, ao reforçar a importância dos precedentes judiciais oriundos dos Tribunais Superiores, pretendem atingir as finalidades mais acima elencadas, podem ser citados o art. 475, § 3º (inexistência de remessa necessária quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do STF ou em Súmula de Tribunal Superior), o art. 518, § 1º (Súmula “impeditiva de recursos”), o art. 557 (inadmissão monocrática de recurso contrário à súmula ou à jurisprudência dominante do STF ou do STJ) e o art. 557, § 1º (provimento monocrático de recurso em consonância com súmula ou jurisprudência dominante do STF ou do STJ), todos do CPC e, por fim, o art. 103-A da CF/88 (Súmula Vinculante), introduzido pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de novembro de 2004 (Emenda da “Reforma do Judiciário”).<sup>50</sup> (grifou-se)

## 5. CRÍTICAS AO ATUAL MODELO DE APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Como visto anteriormente, a introdução do julgamento por precedentes na tradição brasileira ganhou força posteriormente a Emenda Constitucional n.45/2004 que trouxe a instituição de **súmulas vinculantes** do STF. No entanto, há um grande problema na aplicação dessas súmulas, visto que o julgamento que nelas se baseia geralmente é desconectado de seu acórdão paradigma e, às vezes, pela necessária aplicação de direitos fundamentais, induz-se o seu não seguimento.<sup>51</sup>

É dizer: aplica-se simplesmente o enunciado geral e abstrato, resumido em poucas palavras como regra jurídica de aplicação para qualquer caso que se afigure pertinente. Conforme visto, as súmulas possuem conteúdo específico traduzido em enunciações gerais, de modo que, pela aplicação equivocada, se descolam dos acórdãos-paradigma que as originam, pois seu breve texto é incapaz de traduzir os fatos e fundamentos discutidos na decisão precursora, de modo que a aplicação dessa regra universalizada não se funda na analogia dos fatos, mas sobre uma regra geral.<sup>52</sup>

Aplica-se meramente a regra jurídica sem identidade dos fatos, pois os fatos não foram sequer analisados por impedimento de competência dos Tribunais Superiores. Desse modo, os acórdãos são elaborados para descobrir qual é o princípio de direito, uma vez que o que se procura é apenas a regra de direito abstrata para aplicar no caso concreto sem individualização concreta dos fatos que foram objeto da decisão<sup>53</sup>.

Nesse sentido, tal qual percebido na tradição inglesa, é um desafio não engessar a atividade judicial presente a partir do *stare decisis* proporcionado por decisões vinculantes pretéritas. Se tais decisões gozam de efeitos imediatos e de ação constitucional com a dignidade da Reclamação, não se pode passar ao largo dos fatos e do direito que a pro-

50. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. PARECER PGFN/CRJ/Nº 492 /2010. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/blog/PGFN%20PARECER%20No%20492-2010.pdf>>. Acesso em: 10/01/2013.

51. MAUÉS, Antônio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. **Revista Direito GV**, São Paulo 8(2) | p. 588 – 590 | JUL-DEZ 2012.

52. TARUFFO, Michelle. Precedentes e Jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, n.199, p.143, 2010.

53. TARUFFO, Michelle. Precedentes e Jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, n.199, p.144, 2010.

duziram, sob pena de uma miríade de situações fáticas, não tratadas pelos precedentes que originaram o “precedente” (ordinariamente aplicado pela comparação com uma ementa ou súmula), virem a ser nele abarcados por generalização e assim passarem a ser regradados. Trata-se de evidente lesão à segurança jurídica, além de extrapolação de competência da parte do STF quando se presta a semelhante papel.

Outro elemento problemático é a chamada **uniformização horizontal**, na qual o Regimento Interno de cada Tribunal determina o procedimento para a produção de súmulas. Não obstante o esforço de uniformização dentro de um mesmo Tribunal, com fins de formação de um padrão decisório institucional, nota-se ainda um grande número de divergências dentro dos sub-órgãos dos Tribunais, de forma que, na prática, para a uniformização de decisões, são necessários anos e um enorme número de decisões a respeito do mesmo caso, antes que um Tribunal tome a iniciativa de uniformizar, via súmula, a questão jurídica repetidamente litigada<sup>54</sup>. E mesmo com a produção da súmula, não há vinculação entre os julgamentos posteriores e aquele incidente de uniformização resolvido, sendo que o próprio Tribunal muitas vezes não obedece a uniformização que promoveu<sup>55</sup>.

Ainda, um dos maiores problemas enfrentados é a **inexistência, em certos casos, da possibilidade de superação do precedente** (*overruling*) e de distinção do caso (*distinguishing*).

Nos casos de Súmula impeditiva de recurso (art. 518, § 1º, do CPC), inadmissão monocrática de recurso contrário a súmula ou jurisprudência dominante do STF ou STJ (art. 557 do CPC) e provimento monocrático de recurso em consonância com súmula ou jurisprudência dominante do STF ou STJ (art. 557 § 1), **há mecanismo de distinção do precedente**, visto que existe recurso idôneo previsto no CPC para esses casos pelos quais se leva à atenção de Tribunal hierarquicamente superior a possibilidade de não se tratar, naquele caso, de hipótese de aplicação do precedente em questão.

No entanto, quando se trata de Repercussão Geral e Técnica do Recurso Repetitivo<sup>56</sup>, não há nenhum mecanismo processual de superação ou distinção da aplicação jurisprudencial, de modo que a parte que se entende lesada não dispõe de sucedâneos recursais para defender seus direitos.

---

54. No original: “Each Brazilian court has its own internal code of procedures (Regimento Interno). Literally all those internal codes contain express rules about the unification of the court’s jurisprudence. Nevertheless, there is still large divergence among each court’s panels. Generally speaking, it takes many years and hundred of identical cases for a court to unify its ruling on a particular legal question. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Precedent in Brazil. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.307.

55. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Precedent in Brazil. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.310.

56. A introdução dos artigos 543-A, 543-B e 543-C permitiram que fossem introduzidos mecanismos de “filtragem” de Recurso Extraordinário e Especial, introduzindo a Repercussão Geral e a Técnica do Recurso Repetitivo, de modo que o STF e o STJ julgam recursos “em bloco”.

O que ocorre é que apenas um recurso escolhido pelo Presidente do Tribunal de Origem, sem critérios objetivos e sem um procedimento adequado de escolha, será julgado pelos Tribunais Superiores como um tema, como uma tese, sem análise fática ou mesmo identificação ou descrição dos fatos ocorridos naquele recurso representativo da controvérsia. Após, o resultado desse julgamento será aplicado mecanicamente a todos os recursos sobrestados, sem sequer haver descrição das especificidades de cada caso, apenas aplicando-lhes a “tese” que em teoria os torna idênticos ao recurso paradigma, massiva e mecanicamente.

Novamente, percebe-se uma tendência a generalizações e elaboração de “normas abstratas” que *a priori* têm o condão de dirimir uma questão jurídica controvertida e repetida, mas que podem desembocar num engessamento da atividade judicial, trazendo injustiça e inadequação para diversos casos, servindo a doutrina do *stare decisis* não mais como instrumento de realização da igualdade formal (art. 5º, *caput*) e sim como um desvirtuamento de uma potencialidade do Judiciário, que é a análise casuística dos fatos e direitos envolvidos nas demandas que lhe são trazidas. Tais riscos estruturais, aliados a um sistema judicial com um histórico de superutilização, morosidade, e baixa qualidade de produção decisória é potencialmente um atalho para seu colapso. Julgamento de teses, ao invés de julgamento de casos. Nesse sentido, Alexandre Bahia:

Quanto ao mecanismo de sobrestamento de alguns Recursos “idênticos” enquanto alguns deles são apreciados pelo Tribunal (e depois a decisão destes predetermina a sorte dos demais), apenas podemos manifestar nossa perplexidade: na crença de que as questões em Direito podem ser tratadas de forma “tão certa”, que se possa realmente dizer que as causas são idênticas; no tratamento dos casos como standards, como temas, pois que as características do caso e as pretensões que são levantadas em cada um são desconsideradas e então um deles servirá para que tente sensibilizar o Tribunal da importância de sua apreciação.<sup>57</sup>

Desse modo, para a parte cujo recurso foi sobrestado na origem não existe nenhum recurso previsto no CPC que permita a distinção de seu caso, devendo a parte, ao perceber o cerceamento de seu direito de ampla defesa, **contraditório**, bem como o direito à individualidade de julgamento, se valer dos chamados sucedâneos recursais, que consistem no uso de ações autônomas como se recurso fossem.

Porém tais sucedâneos mais uma vez instauram a insegurança jurídica, pois sua aceitação depende do entendimento do Tribunal, ou na maioria das vezes, do entendimento daquela específica Turma de julgamento a respeito de qual sucedâneo seria o mais adequado. Atrai-se, finalmente, um ônus muito grande para a parte ao tentar, sem garantias de sucesso, demonstrar a necessidade de se proceder ao *distinguishing*, *ex post* uma análise judicial apressada e que, na visão da parte, falhou grandemente ao não perceber as diferenças que permearam o caso em questão.

57. BAHIA, Alexandre G. Melo Franco. Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado. Curitiba:Juruá, 2009, p.293 a 295

Nesse sentido, a necessidade de justificação judicial das decisões (art. 93, IX, CRFB/88), e o recurso de embargos declaratórios, manejados com esse específico propósito, podem se revelar ferramenta útil, desde o julgamento singular, até a última pronúncia colegiada, para que as partes pontuem e forcem os julgadores a levar em consideração **cada ponto específico, de fato e de direito, que percebem não ter sido levado em conta na decisão.**

A preocupação judicial com o engessamento de sua atividade futura, que na Inglaterra e Estados Unidos levam o juiz a se deter exaustivamente sobre os fatos específicos do caso e a enunciar as teses jurídicas – **trazidas pelas partes e discutidas em contraditório** – que se revelam coerentes e corretas, no Brasil deve ser, perante nossa estrutura processual (tanto legal, quanto resultante da *prática forense*), uma preocupação constante **das partes**. Assim, o *distinguishing* na estratégia processual deve ser pensado a cada decisão, desde o início do processo, correndo-se o risco, caso tal não seja feito, de a parte se encontrar, em sede de recurso extraordinário *lato sensu*, tolhida de recursos para demonstrar a particularidade de seu caso, tentando demonstrar por sucedâneos recursais, sem segurança de serem ouvidas, suas razões.

Quanto aos mecanismos de *overruling*, trata-se de uma das maiores deficiências do Poder Judiciário brasileiro, visto que apenas raramente as partes trazem de maneira contundente as decisões anteriores que terão de ser superadas, ou então em quase nenhuma oportunidade o julgador considera, em sua decisão, as razões que levam-no a superar o entendimento anteriormente tecido. Geralmente, a superação do precedente é feita aleatória e tacitamente pelos próprios Tribunais que, ao invés de debaterem a questão da superação de um julgado com a finalidade de estabelecer outro entendimento, simplesmente julgam de modo diverso, desrespeitando de modo infundado o precedente anteriormente adotado.

## 6. ALGUMAS CONEXÕES DOS PRECEDENTES COM O CONTRADITÓRIO: PRIMEIROS COMENTÁRIOS

Delineado o panorama acima ofertado, resta, de modo breve, ofertar algumas bases para a questão do contraditório.

Ao se perceber o movimento no Brasil para o dimensionamento da litigiosidade repetitiva ingressa na pauta jurídica, como já dito, o modo como a jurisprudência deve ser formada e aplicada; em especial, pelo necessário respeito ao **processo constitucional em sua formação.**

Inclusive, esta é uma grande preocupação que vimos defendendo junto a Comissão do CPC projetado na Câmara dos Deputados (com alguma repercussão no substitutivo acerca da técnica de *distinguishing*). Nesse aspecto, o projeto busca ofertar algumas premissas na formação e aplicação dos precedentes.<sup>58</sup>

58. Apesar de ser criticável a tentativa de uma metodologia, nos termos postos: “DO PRECEDENTE JUDICIAL – Art. 520. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável. Parágrafo único. Na forma

As discussões esposadas no CPC Projetado, que teve o relatório aprovado na Câmara em 16 de julho de 2013, demonstram claramente a preocupação com a ausência de “técnicas processuais constitucionalizadas” para a formação de nossos “precedentes”.

Isto pois com a percepção do contraditório como uma garantia de influência e de não surpresa se vislumbra que sua aplicação não se resumiria a formação das decisões unipessoais (monocráticas), mas ganharia maior destaque na prolação das decisões colegiadas, com a necessária promoção de uma redefinição do modo de funcionamento dos tribunais.

O “tradicional” modo de julgamento promovido pelos Ministros (e desembargadores) que, de modo unipessoal, com suas assessorias, e sem diálogo e contraditório pleno entre eles e com os advogados, proferem seus votos partindo de premissas próprias e construindo fundamentações completamente díspares, não atende a este novo momento que o Brasil passa a vivenciar.<sup>59</sup>

---

e segundo as condições fixadas no regimento interno, os tribunais devem editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante. Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas: I – os juízes e os tribunais seguirão a súmula vinculante, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; II – os juízes e os tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e dos tribunais aos quais estiverem vinculados, nesta ordem; III – não havendo enunciado de súmula da jurisprudência dominante, os juízes e os tribunais seguirão os precedentes: a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional; b) da Corte Especial ou das Seções do Superior Tribunal de Justiça, nesta ordem, em matéria infraconstitucional; IV – não havendo precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, os juízes e os órgãos fracionários do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal seguirão os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nesta ordem; V – os juízes e os órgãos fracionários do Tribunal de Justiça seguirão, em matéria de direito local, os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nesta ordem. § 1º Na hipótese de alteração da sua jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de seu precedente, os tribunais podem modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos. § 2º A mudança de entendimento sedimentado, que tenha ou não sido sumulado, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 3º Nas hipóteses dos incisos II a V do caput deste artigo, a mudança de entendimento sedimentado poderá realizar-se incidentalmente, no processo de julgamento de recurso ou de causa de competência originária do tribunal, observado, sempre, o disposto no § 1º deste artigo. § 4º O efeito previsto nos incisos do caput deste artigo decorre dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado. § 5º Não possuem o efeito previsto nos incisos do caput deste artigo: I – os fundamentos, ainda que presentes no acórdão, que não forem imprescindíveis para que se alcance o resultado fixado em seu dispositivo; II – os fundamentos, ainda que relevantes e contidos no acórdão, que não tiverem sido adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador. § 6º O precedente ou a jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do caput deste artigo pode não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, mediante argumentação racional e justificativa convincente, tratar-se de caso particularizado por situação fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica. § 7º Os tribunais deverão dar publicidade aos seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os preferencialmente por meio da rede mundial de computadores. Art. 522. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos: I – o do incidente de resolução de demandas repetitivas; II – o dos recursos especial e extraordinário repetitivos.”

59. Acerca das premissas essenciais para o uso dos precedentes, veja-se: “Nesse aspecto, o *processualismo constitucional democrático* por nós defendido tenta discutir a aplicação de uma igualdade efetiva e valoriza, de modo policêntrico e participativo, uma renovada defesa de convergência entre o *civil law* e *common law*, ao buscar uma

**O contraditório, nesses termos, impõe em cada decisão a necessidade do julgador enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar sua conclusão. Perceba-se que caso as decisões procedam a uma análise seletiva de argumentos, enfrentando somente parte dos argumentos apresentados, com potencialidade de repercussão no resultado, haverá prejuízo na abordagem e formação dos precedentes (padrões decisórios); inclusive com evidente prejuízo para aplicação futura em potenciais casos idênticos.**

**Não é incomum a dificuldade dos Tribunais de segundo grau em aplicar os padrões formados pelos Tribunais Superiores, por eles não terem promovido uma abordagem mais panorâmica do caso e dos argumentos.**

---

aplicação legítima e eficiente (efetiva) do Direito para todas as litigiosidades (sem se aplicar padrões decisórios que pauperizam a análise e a reconstrução interpretativa do direito), e defendendo o delineamento de uma teoria dos precedentes para o Brasil que suplante a utilização mecânica dos julgados isolados e súmulas em nosso país. Nesses termos, seria essencial para a aplicação de precedentes seguir algumas premissas essenciais: 1.º – Esgotamento prévio da temática antes de sua utilização como um padrão decisório (precedente): ao se proceder à análise de aplicação dos precedentes no *common law* se percebe ser muito difícil a formação de um precedente (padrão decisório a ser repetido) a partir de um único julgado, salvo se em sua análise for procedido um esgotamento discursivo de todos os aspectos relevantes suscitados pelos interessados. Nestes termos, mostra-se estranha a formação de um “precedente” a partir de um julgamento superficial de um (ou poucos) recursos (especiais e/ou extraordinários) pinçados pelos Tribunais (de Justiça/regionais ou Superiores). Ou seja, precedente (padrão decisório) dificilmente se forma a partir de um único julgado. 2.º – Integridade da reconstrução da história institucional de aplicação da tese ou instituto pelo tribunal: ao formar o precedente o Tribunal Superior deverá levar em consideração todo o histórico de aplicação da tese, sendo inviável que o magistrado decida descon siderando o passado de decisões acerca da temática. E mesmo que seja uma hipótese de superação do precedente (*overruling*) o magistrado deverá indicar a reconstrução e as razões (fundamentação idônea) para a quebra do posicionamento acerca da temática. 3.º – Estabilidade decisória dentro do Tribunal (*stare decisis* horizontal): o Tribunal é vinculado às suas próprias decisões: como o precedente deve se formar com uma discussão próxima da exaustão, o padrão passa a ser vinculante para os Ministros do Tribunal que o formou. É impensável naquelas tradições que a qualquer momento um ministro tente promover um entendimento particular (subjetivo) acerca de uma temática, salvo quando se tratar de um caso diferente (*distinguishing*) ou de superação (*overruling*). Mas nestas hipóteses sua fundamentação deve ser idônea ao convencimento da situação de aplicação. 4.º – Aplicação discursiva do padrão (precedente) pelos tribunais inferiores (*stare decisis* vertical): as decisões dos tribunais superiores são consideradas obrigatórias para os tribunais inferiores (“comparação de casos”): o precedente não pode ser aplicado de modo mecânico pelos Tribunais e juízes (como *v.g.* as súmulas são aplicadas entre nós). Na tradição do *common law*, para suscitar um precedente como fundamento, o juiz deve mostrar que o caso, inclusive, em alguns casos, no plano fático, é idêntico ao precedente do Tribunal Superior, ou seja, não há uma repetição mecânica, mas uma demonstração discursiva da identidade dos casos. 5.º – Estabelecimento de fixação e separação das *ratione decidendi* dos *obiter dicta* da decisão: a *ratio decidendi* (elemento vinculante) justifica e pode servir de padrão para a solução do caso futuro; já o *obiter dictum* constituem-se pelos discursos não autoritativos que se manifestam nos pronunciamentos judiciais “de sorte que apenas as considerações que representam indispensavelmente o nexo estrito de causalidade jurídica entre o fato e a decisão integram a *ratio decidendi*, onde qualquer outro aspecto relevante, qualquer outra observação, qualquer outra advertência que não tem aquela relação de causalidade é *obiter*: um *obiter dictum* ou, nas palavras de Vaughan, um *gratis dictum*.” 6.º – Delineamento de técnicas processuais idôneas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) do padrão decisório: A ideia de se padronizar entendimentos não se presta tão só ao fim de promover um modo eficiente e rápido de julgar casos, para se gerar uma profusão numérica de julgamentos. Nestes termos, a cada precedente formado (padrão decisório) devem ser criados modos idôneos de se demonstrar que o caso em que se aplicaria um precedente é diferente daquele padrão, mesmo que aparentemente seja semelhante, e de proceder à superação de seu conteúdo pela inexorável mudança social – como ordinariamente ocorre em países de *common law*.” NUNES, Dierle. *Processualismo constitucional democrático* e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. *A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória*. *Revista de Processo*, vol. 189, p. 38, São Paulo: Ed. RT, set. 2011.

Assim, os acórdãos, na atualidade, deveriam possuir uma linearidade argumentativa para que realmente pudessem ser percebidos como verdadeiros **padrões decisórios** (*standards*) que gerariam estabilidade decisória, segurança jurídica, proteção da confiança e previsibilidade. De sua leitura deveríamos extrair um quadro de análise panorâmica da temática, a permitir que em casos futuros pudéssemos extrair uma “radiografia argumentativa” daquele momento decisório.

Extrair-se-ia, inclusive, se um dado argumento foi levado em consideração, pois caso contrário seria possível a superação do entendimento (*overruling*). Ou mesmo se verificar se o caso atual em julgamento é idêntico ao padrão ou se é diverso, comportando julgamento autônomo mediante a distinção (*distinguishing*).

No entanto, ao se acompanhar o modo como os Tribunais brasileiros (inclusive o STF) trabalham e proferem seus acórdãos percebemos que se compreende parcamente as bases de construção e aplicação destes padrões decisórios (precedentes), criando um quadro nebuloso de utilização da jurisprudência. Flutuações constantes de entendimento, criação subjetiva e individual de novas “perspectivas”, quebra da integridade (Dworkin) do direito, são apenas alguns dos “vícios”.

Repetimos: aos Tribunais deve ser atribuído um novo modo de trabalho e uma nova visão de seus papéis e forma de julgamento. Se o sistema jurídico entrou em transição (e convergência), o trabalho dos tribunais também deve ser modificado, por exemplo, a) com a criação de centros de assessoria técnico-jurídica (unificação das assessorias) a subsidiar a todos os julgadores de uma Câmara pressupostos jurídicos idênticos para suas decisões; b) respeito pleno do contraditório como garantia de influência, de modo a levar em consideração todos os argumentos suscitados para a formação de um padrão decisório, pelos juízes e pelas partes, entre outras medidas; c) Criação de centros de estudo e pesquisa para subsidiar dados de pesquisa especializada para cada grande matéria em debate, inclusive para promover críticas para aprimoramento das decisões (o que poderia ser feito em parceria com instituições de pesquisa, v.g. Universidades).

Ademais, não se pode olvidar um dos principais equívocos na análise da tendência de utilização dos precedentes no Brasil, qual seja, a credulidade exegeta (antes os Códigos, agora os julgados modelares) que o padrão formado (em RE, v.g.) representa o fechamento da discussão jurídica, quando se sabe que, no sistema do *case law*, o precedente é um *principium* argumentativo. A partir dele, de modo discursivo e profundo, verificar-se-á, inclusive com análise dos fatos, se o precedente deverá ou não ser repetido (aplicado).

Aqui, o “precedente” dos Tribunais Superiores é visto quase como um esgotamento argumentativo que deveria ser aplicado de modo mecânico para as causas repetitivas. E estes importantes Tribunais e seus Ministros produzem comumente rupturas com seus próprios entendimentos; ferindo de morte um dos princípios do modelo precedencialista: a estabilidade.

Sabe-se que após a CRFB/88 as litigiosidades se tornaram mais complexas e em número maior. E que a partir deste momento o processo constitucionalizado passou a ser utilizado como garantia não só para a fruição de direitos (prioritariamente) privados,

mas, para o auferimento de direitos fundamentais, pelo déficit de cumprimento dos papéis dos outros “Poderes” (Executivo/ Legislativo), entre outros fatores.

Vistas estas premissas, devemos fazer uma breve análise de alguns dos fundamentos do *common law* na sistemática de precedentes, para que, na sequência, possamos verificar alguns exemplos na ausência de sistemática da própria construção dos padrões decisórios no Brasil.

No sistema processual constitucional democrático brasileiro, agora encampado pela legislação projetada, tornar-se-á nula a decisão que surpreender as partes acerca de argumentos que não tiverem sido problematizados, mesmo que potencialmente, ao longo do iter.

A chamada decisão de “terza via” (surpresa), na qual o órgão julgador traz argumentos inovadores nas *ratione decidendi*, seria banida.

Ademais, a adoção do contraditório como influência na formação e aplicação dos precedentes, especialmente mediante o uso da técnica de causa piloto, torna essencial percebermos que em caso de dissonância nos votos proferidos no acordão, dificilmente encontraremos uma única “*ratio decidendi*” apta a ser utilizada num caso futuro. Isso é demonstrado no direito inglês.<sup>60</sup>

O Contraditório impõe uma linearidade do debate para que uma decisão com eficácia *pan processual* seja hábil a ser usada com argumentos colhidos por amostragem.

Ao comentar a situação, Bustamante adverte:

Do mesmo modo, em um julgamento colegiado pode acontecer que os juízes que integram a câmara ou turma de julgamento cheguem a um consenso sobre a solução a ser dada para o caso *sub judice* mas dirijam acerca das normas gerais que são concretizadas no caso em questão e justificam a solução adotada: **“Em uma corte de cinco juízes, ‘não há *ratio decidendi* da corte a não ser que três pronunciem a mesma *ratio decidendi*”** [Montrose 1957:130]. Nesse sentido, Whittaker recorda o caso “Shogun Finance Ltd. Vs Hudson” em que o raciocínio de cada um dos juízes que compõem a maioria – uma maioria de três a dois – difere muito significativamente dos demais: “O resultado estava claro: uma maioria de três entre cinco juízes com acento na *House of Lords* sustentou que o fraudador não havia adquirido o título e, portanto, não poderia em tais circunstâncias tê-lo repassado a Hudson, aplicando-se a máxima *nemo dat quod non habet*. Não obstante, a maioria apresentava diferenças muito significativas quanto ao raciocínio seguido pelos seus componentes” [Whittaker 2006: 723-724]. Em um caso como esse não se pode falar em um precedente da corte acerca das normas (gerais) adscritas que constituem as premissas normativas adotadas por cada um dos juízes da maioria, embora se possa falar, eventualmente, de uma decisão comum constante da norma individual que corresponde rigorosamente aos fatos do caso e às conclusões adotadas. **Apenas há um precedente**

60. WHITTAKER, Simon. Precedent in English Law: a view from the citadel. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht*, 16-22 July 2006. Bruxelas: Bruylant, 2007. p. 56.

**do tribunal em relação às questões que foram objeto de consenso dos seus membros. “Quando a fundamentação divergente [no caso de votos “convergentes no dispositivo e divergentes na motivação”] descortina-se incompatível, tem-se uma decisão despida de *discoverable ratio*, e, portanto, não vinculante no que concerne à solução do caso”[Cruz e Tucci 2004:178]. Isso não impede, porém, que se possa falar em uma *ratio decidendi* da opinião de um juiz e que a regra inferida dessa *ratio* seja utilizada como precedente em um caso futuro.** É claro que essa regra está menos revestida de autoridade que outra que tenha sido objeto de consenso de toda a corte, mas isso – apenas de limitar – não extingue por completo seu valor como precedente.<sup>61</sup> (destacamos).

Os juízes, assim, devem estar vinculados somente por fundamentos confiáveis sobre questões jurídicas que aparecem nas decisões, não podendo haver o contentamento do sistema apenas com o dispositivo ou a ementa das decisões judiciais.

Resta ainda a percepção de que o contraditório dinâmico garantiria às partes técnicas hábeis para a distinção de casos e para a superação de entendimentos; nesse aspecto, o CPC projetado, inovando a atual situação de carência técnica e como corolário do contraditório prevê o cabimento da reclamação quando ocorrer a aplicação indevida da tese jurídica e sua não-aplicação aos casos que a ela correspondam, do agravo de admissão, na redação até o texto da Comissão geral, para a demonstração de existência de distinção entre o caso em análise e o precedente invocado (*distinguishing*) ou a superação da tese (*overruling*); seguindo antiga defesa doutrinária,<sup>62</sup> e, em face da supressão deste último recurso na redação da emenda aglutinativa (com ocorrência de admissibilidade direta dos recursos extraordinários nas instâncias superiores), o pedido ao juiz ou relator do recurso para que identifique a divergência e afaste o sobrestamento indevido, com regular processamento do feito.

Por derradeiro, devemos sempre levar a sério, a partir dos aportes ora discutidos, a advertência de Motta:

Uma coisa, que é correta, é a invocação dos julgamentos anteriores que, quando tidos como acertos institucionais, bem servem como “índice formal” das decisões que se seguirão a ele, e que com ele devem guardar a coerência de princípio. É louvável que as partes compreendam, pois, que a sua causa integra a história institucional, e que chamem a atenção do juiz para a necessidade de sua continuidade. Agora, outra coisa, bem diferente é a fraude que decorre da utilização de verbetes jurisprudenciais, como se fundamentação fossem, sem a devida reconstrução que foram decisivos num e noutro caso. Dworkin explica que, se é verdade que os casos semelhantes devem ser tratados de maneira semelhante (primado da equidade, que exige a aplicação coerente dos direitos), também é verdade que os precedentes não têm força de “promulgação”: o juiz deve “limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões”. E isso já no sistema do common law! Que dirá então em países como o Brasil,

61. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial. São Paulo: Noeses. 2012, p. 272-273.

62. THEODORO, Humberto Júnior; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 177. Nov. 2009. p. 43.

de tradição jurídica totalmente diferenciada, onde os precedentes não têm (em regra, pelo menos) força normativa vinculante? Então, atenção: para que o precedente agregue padrões “hermeneuticamente válidos” a um provimento atual, ou para que se revele a “força” de um precedente (ou: o que, afinal, ficou decidido naquele caso?), temos de perguntar: quais os argumentos de princípio que o sustentaram? Simples, pois. Estes argumentos é que poderão (e deverão) influenciar o novo provimento. Afinal, para os propósitos de uma produção coerente e democrática do Direito, “adequar-se ao que os juízes fizeram é [bem] mais importante do que adequar-se ao que eles disseram”.<sup>63</sup>

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicação de precedentes no Brasil assume a função de ressaltar a credibilidade do Judiciário garantindo ao litigante previsibilidade. Ocorre que, mantido o atual modelo de fundamentação de decisões em jurisprudência dominante, sem um debate e uma comparação analógica adequada, seria uma ilusão crer que a tradição judicial oferecerá tal segurança jurídica, visto que, como demonstrado, não tem ocorrido uma aplicação séria ou mesmo a construção de uma verdadeira tradição institucional de aplicação de precedentes.

Desse modo, afigura-se um dever argumentativo das partes, do ponto de vista de sua estratégia, e do corpo judiciário como um todo, na busca de excelência e aperfeiçoamento da prática forense, o exercício do contraditório e da argumentação com clareza e cuidado, de modo que é preciso reconsiderar como um todo o que vem sendo a prática forense brasileira. Novas estruturas processuais e a aplicação de precedentes de maneira reiterada demandam dos operadores do direito uma reelaboração de suas práticas, adaptando-se à nova realidade.

A uniformização jurisprudencial tem como fundamento a preservação do princípio da igualdade formal, pois efetiva o dever de atribuir decisões idênticas a situações idênticas. Obviamente, viola-se tal princípio quando para situações semelhantes, aplica-se uma tese anteriormente definida sem consideração com as questões fáticas e de direito que diferenciam um caso de outro a ponto de exigir solução distinta<sup>64</sup>.

O precedente, como no *common law*, oferece regra universalizável aplicada em função da identidade com os fatos dos casos análogos. O critério de aplicação e escolha do precedente é um critério fático, de modo que a regra será aplicada ou afastada pelo julgador conforme considere prevalentes os elementos de identidade ou diferença entre os casos. Um só precedente é suficiente para fundamentar a decisão de um caso<sup>65</sup>.

63. MOTTA, Francisco José Borges. Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 183.

64. NUNES, Dierle José Coelho; THEODORO, Humberto Júnior; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre a panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência ente o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, n.189, pp.25-27, 2010.

65. OP.cit. p.27

Nesse contexto, fica evidenciado que a introdução legislativa de novas modalidades recursais para se institucionalizar a necessidade de *distinguishing* quando do julgamento da Repercussão Geral ou do julgamento de recurso repetitivo **não resolverá o problema apresentado**: pois a deficiência na aplicação do precedente nessas situações não se dá no número de recursos possíveis ou na oportunidade de sua interposição. A adoção no art. 499 projetado do dever efetivo de fundamentação racional como critério fiscalizatório do contraditório como influência, devidamente aplicado, poderá sim viabilizar uma alteração substancial dos problemas atuais na formação dos precedentes.

A má aplicação de precedentes é explicada pela própria realidade forense brasileira: partes que argumentam parcamente, um grande número de litígios que se reproduzem por falta de uniformização e pronta resposta judicial, e juízes incapazes de proferir decisões claras, justificadas e específicas para cada caso.

Assim, o perigo das “generalizações”, alardeado pela doutrina nacional, nada mais é do que o perigo de coexistir o acesso à justiça democrático amplo nos moldes constitucionais, a necessidade de justiça formal por meio da aplicação de precedentes e a manutenção de velhas práticas forenses.

A uniformização decisória em nome dos princípios da segurança jurídica e da igualdade é louvável. Porém, ainda que seja importante a redução das demandas nos tribunais superiores amparada por tais princípios, é ainda mais importante a instauração da qualidade na formação dos precedentes judiciais, visto que um processo é instaurado para oferecer às partes a contraprestação justa de seu direito violado. No entanto, se não há qualidade nas decisões e o direito das partes é negligenciado, o processo se torna um fim em si mesmo, buscando em nome da celeridade uma perda expressiva da eficiência nas decisões judiciais, de modo a lesar os direitos das partes envolvidas no processo.

Como demonstrado, há vários pontos críticos na aplicação atual da jurisprudência e principalmente da formação dos precedentes no sistema processual brasileiro. Há que se enfatizar que, para o estabelecimento do precedente como fonte do direito e elemento de formação decisória, várias providências se fazem necessárias: (i) os Tribunais devem consolidar e respeitar seu entendimento institucionalizado; (ii) as reformas legislativas, (iii) deve ser adotada uma Teoria dos Precedentes adaptada para a realidade brasileira; (iv) deve haver uma mudança de paradigma e comportamento na prática jurídica, inclusive de iniciativa das partes, a fim de comprometer advogados e julgadores com a aplicação fiel dos precedentes estabelecidos, bem como com a qualidade das decisões proferidas.

Deve haver a adoção de uma Teoria do Precedente que esclareça qual a força “vinculativa” das decisões dos Tribunais Superiores. No caso de possuírem força vinculante, deve-se definir mecanismos idôneos de aplicação, distinção e superação do precedente vinculante. Além disso, caso subsista o julgamento por amostragem, é preciso que se julgue os casos precursores com identidade dos fatos, com amplo debate e com aprofundamento jurídico da questão, sendo tarefa das instâncias inferiores manejar com maestria a técnica do *distinguishing*, evitando desse modo a criação de injustiças por meio do *stare decisis*.

Caso decida-se pela aplicação meramente persuasiva, jurisprudencial de julgados dos Tribunais Superiores, deve-se pensar seriamente para um fim para o julgamento monocrático por jurisprudência dominante ou negativa de seguimento de recurso. Não é possível que se faça aplicação vinculante num momento para em seguida agir diferentemente. Vista a abertura do conceito, poder-se-ia igualmente pensar numa solução legislativa para a concepção de jurisprudência dominante (quantos julgados são necessários para sua formação, quais órgãos são capazes de conformá-la).

Além disso, é urgente definir qual a força vinculativa para os próprios Tribunais que proferem os julgados (precedente horizontal). Poder-se-ia pensar, nos moldes da *House of Lords*, em se estatuir a impossibilidade de desrespeito de decisões jurisprudenciais ou de precedentes em nome da isonomia e da segurança jurídica, assegurando por outro lado mecanismos *expressos e formalizados* de **superação** daquilo que foi decidido anteriormente, para que se evite a modificação de situações jurídicas pela mera mudança de opinião do julgador.

Há que se ressaltar que o presente artigo não defende a ideia de uma aplicação pura da Teoria dos Precedentes e do conceito e formação dos precedentes existentes nos países de *Common Law*. Pelo contrário, é defensável a criação de uma teoria e de critérios que compreenda as peculiaridades da aplicação de precedentes em um sistema jurídico tradicionalmente de *Civil Law*, como o brasileiro.

Como se pode notar, estamos muito longe em perceber a verdadeira importância do Direito Jurisprudencial em nosso país.

E o que mais preocupa é que muitos daqueles que se encontram ligados a tendência de padronização decisória (no âmbito legislativo ou de aplicação) se seduzam com o argumento simplista de que “isso resolverá” o problema da litigiosidade repetitiva entre nós, sem que antes se problematize e se consolidem fundamentos consistentes de uma teoria de aplicação dos precedentes adequada ao direito brasileiro.

Evidentemente que se trata de uma tendência inexorável.

E isso torna a tarefa, de todos os envolvidos, mais séria, especialmente quando se percebe toda a potencialidade e importância que o processo e a Jurisdição, constituídos em bases normativas consistentes, vem auferindo ao longo desses 25 anos pós Constituição de 1988.

Não se pode reduzir o discurso do Direito Jurisprudencial a uma pauta de isonomia forçada a qualquer custo para geração de uma eficiência quantitativa.

Precedentes, como aqui se afirmou, são princípio(s) (não fechamento) da discussão e aplicação do direito. Eles não podem ser formados com superficialidade e aplicados mecanicamente.

Precisamos sondar e aprimorar o uso do contraditório como garantia de influência e do processo constitucional na formação dos precedentes. Para além do argumento “ufanista” e acrítico de seu uso no Brasil.

Os custos da violação de um direito fundamental não justificam a tomada de uma decisão sub-ótima em larga escala.

Iniciamos o presente ensaio com a indagação de se deveríamos abandonar a singularidade em prol da similaridade em face da tendência de padronização decisória em contraponto com a análise individualizada dos casos (*case to case*) e chegamos, ao final, a partir da percepção adequada do contraditório como influência e da fundamentação racional projetados (arts. 10 e 499 do CPC projetados, como corolários constitucionais), a conclusão de que devemos seguir esses pressupostos interpretativos (essenciais) na formação dos precedentes exatamente para viabilizar que todos os argumentos potencialmente relevantes sejam levados a sério e cheguemos a única interpretação viável do novo CPC, que induzirá uma melhoria qualitativa do sistema. Exatamente para evitar que o discurso em prol da similaridade inviabilize a aplicação legítima (correta) do Direito.

Assim, há de se perceber que ao Direito Jurisprudencial se aplica com precisão a histórica frase de Sander, ao comentar a tendência do uso das “ADRs”, na década de 1970: “não existem panacéias, apenas caminhos promissores para explorar. E há tanta coisa que não sabemos...”<sup>66</sup>.

E o único caminho hermenêutico viável é aquele que interpreta o CPC Projetado a luz do processo constitucional e do pressuposto participativo.

---

66. “There are no panaceas; only promising avenues to explore. And there is so much we do not know.” Trecho da conclusão da histórica preleção proferida por Frank A. Sander, na segunda Pound Conference, em 1976, que fortaleceu muitíssimo o movimento pró técnicas alternativas (adequadas) de resolução de conflitos (ADR – *alternative dispute resolution*). SANDER, Frank. A. *Varieties of dispute processing*. LEVEN, A. Leo, WHEELER, Russell R.. **The Pound Conference: perspectives on justice in the future**. Minnesota: West Publishing Co. 1979. p. 86.

# A TRANSFORMAÇÃO DOS EMBARGOS INFRINGENTES EM TÉCNICA DE JULGAMENTO: AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES

*EDUARDO DE AVELAR LAMY<sup>1</sup>*

## 1. INTRODUÇÃO

Este resumido estudo analisa a influência das reformas do CPC e as transformações propostas pelo projeto do Novo CPC aos embargos infringentes.

Mais especificamente, trata das peculiaridades dos embargos infringentes, traçando suas origens históricas e abordando a sua importância no sistema processual hodierno, com objetivo de explicar a manutenção do recurso ao longo das reformas que o CPC tem sofrido e as significativas transformações a ocorrerem no instituto por parte do projeto do NCPC, consoante o art. 955 do Substitutivo aprovado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados.

## 2. A ANTIGA DISCUSSÃO SOBRE A MANUTENÇÃO DOS EMBARGOS INFRINGENTES NO SISTEMA PROCESSUAL

A trajetória dos embargos infringentes tem sido bastante controversa. Trata-se de uma figura peculiar ao direito luso-brasileiro, que constava de nosso sistema antes mesmo da entrada em vigor do CPC – Código de Processo Civil – de 1939, especialmente no artigo 5º da Lei n.º 319 de 25.11.36.

O CPC de 1939, em seus artigos 808, 833 e 839, dispunha sobre os chamados “embargos de nulidade e infringentes do julgado”. No mesmo ano de 1939, no entanto, a reforma do Código de Processo Civil português aboliu o recurso, que se tornou, a partir daí, uma peculiaridade exclusiva do direito brasileiro, onde sua disciplina desde então tem sofrido sucessivas alterações.

---

1. Advogado. Professor Adjunto da UFSC. Diretor-Geral da ESA/OAB/SC. Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Membro do IBDP.

Segundo entendia BARBOSA MOREIRA<sup>2</sup>, a manutenção dos embargos infringentes no CPC de 1973 foi, de certo modo, surpreendente, pois a própria exposição de motivos do anteprojeto BUZAID afirmava que “a existência de um voto vencido não basta por si só para justificar a criação de recurso; porque pela mesma razão se deve admitir um segundo recurso de embargos sempre que no novo julgamento subsistir um voto vencido; por esse modo poderia arrastar-se a verificação do acerto da sentença por largo tempo, vindo o ideal de justiça a ser sacrificado pelo desejo de aperfeiçoar a decisão”.

Mesmo assim, o projeto definitivo do estatuto processual de 1973 voltou a contemplar o recurso de embargos infringentes com as principais características que possuía no diploma anterior, sem que a respectiva exposição de motivos trouxesse maiores explicações sobre mudança tão significativa.

Importante salientar que doutrina de peso, antes e depois do advento do código de 1973, opinou contrariamente à solução adotada pelo estatuto, como foi o caso de BARBOSA MOREIRA<sup>3</sup> e ALFREDO BUZAID, o próprio autor do anteprojeto. Tais estudiosos acreditavam que um voto vencido não deveria ser elemento justificador da criação de um recurso.

Atualmente, no entanto, o próprio BARBOSA MOREIRA<sup>4</sup> – mormente após ter atuado como desembargador no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – atenuou o rigor de sua posição para que fosse mantido, e conseqüentemente apenas restringido, o cabimento do recurso. Nesse sentido, a penúltima reforma do CPC reduziu as hipóteses de cabimento dos embargos infringentes, mas reconheceu sua importância e utilidade, levando em consideração a assoberbada realidade do sistema judiciário e processual civil pátrio.

As atuais hipóteses de cabimento dos embargos infringentes, constantes do artigo 530 daquele diploma, resumem-se aos casos em que acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, bem como aos casos em que acórdão não unânime houver julgado procedente ação rescisória. Deve-se notar, ainda, que se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

Hoje, portanto, a difícil busca pelo respeito à legalidade e às instituições jurídicas nos faz perceber a conveniência de um recurso que, além de ensejar decisões mais acertadas e não ser o único responsável pela demora da jurisdição, possibilita o combate ao mal de “acompanhar-se o relator”, causado especialmente, pelo excesso de trabalho que assola nossos julgadores.

Entretanto, para ensejar a interposição dos embargos infringentes, nos casos em que acórdão não unânime houver reformado em grau de apelação, a sentença de mérito ou

---

2. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Novas vicissitudes dos embargos infringentes *in* *Gênese* – Revista de Direito Processual Civil. n.º 25, 2002, p. 519-528.

3. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Obra citada. p. 522.

4. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Obra citada p. 526.

judgado procedente ação rescisória, a doutrina ainda discute acerca da necessidade de haverem dois pronunciamentos a respeito do mérito, da sentença e do acórdão, tema esse que volta a ganhar importância após as últimas reformas do CPC.

O imprescindível, segundo SÉRGIO SHIMURA<sup>5</sup>, seria apenas a apreciação do pedido autoral, mesmo que uma única vez, para que, conseqüentemente, possa incidir o instituto da coisa julgada. Tal apreciação normalmente ocorrerá no primeiro grau, mas também pode ocorrer apenas no segundo grau de jurisdição, nos casos em que a sentença monocrática é meramente processual e o tribunal julga diretamente o pedido, nos termos dos §§ 3º e 4º do artigo 515, o que também possibilitaria a interposição de embargos infringentes, conforme afirmam FLÁVIO CHEIM JORGE e outros.

Por sua vez, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e LUIZ RODRIGUES WAMBIER<sup>6</sup> entendem que as decisões de primeiro e de segundo grau (esta por maioria de votos), para ensejar a interposição de embargos infringentes, devem envolver necessariamente a decisão de mérito também no segundo grau.

Parece-nos, realmente, que a sentença necessita ser de mérito e o acórdão também, pois a hipótese do legislador parece ter sido a de desacordo entre os juízos de primeira e de segunda instância, no que diz respeito ao julgamento da lide. Dentro desse raciocínio, conclui-se serem também incabíveis os embargos nos casos em que o tribunal julga o mérito, mas o juiz de primeira instância não.

Dessa forma, acreditamos que o legislador agiu corretamente ao restringir as hipóteses de cabimento dos embargos, sem, contudo, bani-los da sistemática dos recursos no processo civil brasileiro. Logo, esse movimento restritivo merece ser levado em conta na interpretação das novas regras processuais, o que nos leva a acreditar que os embargos infringentes são cabíveis apenas nos casos em que houver duplo julgamento do mérito.

### 3. A REDUÇÃO INDIRETA PROVOCADA PELO § 4º DO ART. 515 DO CPC ATUAL

Desta feita, nos resta comentar a influência das últimas reformas do CPC junto aos embargos infringentes, pois a modificação trazida pela Lei n.º 11.276/06, que inseriu o § 4º do art. 515 do CPC<sup>7</sup>, merece ser pensada no tocante à frequência da utilização do referido recurso.

5. SHIMURA, Sérgio. Os embargos infringentes e seu novo perfil. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos – 5ª Série. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 520.

6. WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves Comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil. São Paulo, RT, 2002, p. 181.

7. Dispõe a Exposição de Motivos do novo texto legal: “Por outro lado, o novo § 4º que se quer incluir ao artigo 515 do CPC somente contribui para a economia processual, ao solucionar o problema das nulidades processuais detectadas por ocasião do julgamento da apelação. Tratando-se de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual e, após cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação.

A restrição das hipóteses de interposição do recurso havida em 2001 – através da Lei n.º 10.352 – na opinião de LUIZ RODRIGUES WAMBIER e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER<sup>89</sup>, da qual comungamos, estabeleceu a utilização dos embargos infringentes para as situações de empate no número de julgadores quanto ao mérito analisado, dada a inexistência de hierarquia entre as instâncias jurisdicionais.

Desse modo, em nosso entender, o recurso se tornou cabível contra os acórdãos de apelação que reformam por maioria a sentença de mérito ou que julgam procedente por maioria a ação rescisória (CPC, art. 530), desde que seja novamente analisado o mérito da sentença rescindenda.

Percebe-se, portanto, que em ambos os casos a mesma questão de mérito acaba por receber dois votos em cada sentido, consideradas as duas instâncias (votos do juiz singular e dos desembargadores em colegiado). Logo, concluímos que do acórdão de apelação que apenas anula por maioria a sentença *a quo* em razão de *error in procedendo* não cabem embargos infringentes por não ter havido empate de opiniões na resolução do mérito.

Nesse cenário, a realista e econômica possibilidade de julgamento direto do mérito pelo tribunal nos casos em que o recurso de apelação estiver fundando no *error in procedendo* do juízo *a quo*, mesmo nas situações em que a matéria seja de direito e de fato – trazida pelo novo § 4º do art. 515 do CPC – fará com que a análise do tribunal seja a primeira sobre o mérito em tais feitos.

Não haverá empate a respeito do mérito nas referidas apelações, o que a nosso ver retira e, portanto restringe uma vez mais, se não as hipóteses de cabimento, ao menos a frequência da utilização dos embargos infringentes.

Surgiu, inclusive, significativa dúvida por parte dos operadores do direito a partir da entrada do § 4º do art. 515 em vigor, pois hoje as partes não podem deixar de interpor os embargos infringentes, por força das súmulas n.º 207 do STJ e 281 do STF, quando estes são cabíveis, sob pena do desconhecimento dos eventuais recursos especiais ou extraordinários interpostos.

---

Tal medida objetiva evitar que o tribunal se limite a declarar a nulidade processual e remeta o processo para o juiz de primeiro grau, com receio de que se alegasse supressão de instância. Na sistemática atual, uma vez sanada a nulidade, o processo retornaria ao tribunal para o julgamento do recurso.”

8. Op. cit. p. 180.

9. Conforme diziam os autores, já quando da novidade trazida pelo então novo § 3º do art. 515 do CPC: “A sentença há de ser de mérito, e o acórdão também: a idéia parece ser a de que tenha havido desacordo entre o juízo *a quo* e o juízo *ad quem* no que diz respeito à lide. Assim, por exemplo, tendo sido julgada a ação improcedente no juízo *a quo* (ou seja, tendo havido decisão de mérito) e sendo 2 x 1 o resultado da apelação, tendo-se como resultado a inadmissibilidade da ação por ausência de legitimidade ativa (2 votos) e tendo o voto vencido considerado a parte legítima, descabem os embargos, porque o tribunal não terá propriamente *reformado* a sentença, mas deixado de admitir a ação.

Interessante observar que no caso de incidir o artigo 515 § 3º, jamais caberão embargos infringentes, já que um dos pressupostos da incidência dessa nova regra é ter havido sentença de mérito.”. Op. cit. p. 177.

Tal dúvida reside, portanto, em saber se após a entrada do novo texto legal em vigor, serão cabíveis embargos infringentes contra os acórdãos em recurso de apelação que tiverem anulado e julgado por maioria o mérito dos respectivos feitos, pela primeira vez. A resposta, em nossa opinião, é negativa, mas suficiente para causar transtornos aos operadores do direito, quando da interposição dos recursos extraordinários.

#### 4. A TÉCNICA DE JULGAMENTO PROJETADA PARA O NOVO CPC: AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES

A técnica de julgamento projetada para o novo CPC tenta resolver os problemas acima expostos, extinguindo os embargos infringentes como recurso, mas mantendo-os como procedimento inerente aos julgamentos, tanto na apelação quanto na ação rescisória e – novidade – no agravo de instrumento que reforme decisão interlocutória a respeito do mérito.

Segundo dispõe o art. 955 do Substitutivo aprovado na Comissão Especial destinada a analisar o Projeto do Novo CPC, em seu atual estágio, antes de ser aprovado pelo plenário daquela casa:

*Art. 955. Quando o resultado da apelação for, por decisão não unânime, no sentido de reformar sentença de mérito, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, a serem convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.*

*§ 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colbendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado.*

*§ 2º Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.*

*§ 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em:*

*I – ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença; neste caso, deve o seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno;*

*II – agravo de instrumento, quando o resultado for a reforma da decisão interlocutória de mérito.*

*§ 4º Não se aplica o disposto neste artigo no julgamento do incidente de assunção de competência e no de resolução de demandas repetitivas.*

*§ 5º Também não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento da remessa necessária.*

*§ 6º Nos tribunais em que o órgão que proferiu o julgamento não unânime for o plenário ou a corte especial, não se aplica o disposto neste artigo.*

Dessa forma, no Novo CPC os embargos infringentes se tornarão um incidente, tendo as suas hipóteses de incidência não apenas estendidas, mas também garantidas por determinação legal.

O novo texto deixa clara a intenção de manter, portanto, o procedimento correspondente aos embargos infringentes sem, contudo, resguardá-lo no sistema como um recurso. Perde-se um recurso, que é ônus da parte. Por outro lado, se ganha um incidente, uma técnica de complementação de julgamento cujo processamento se dá por determinação legal.

O que se percebe é que o interesse havido na manutenção do procedimento correspondente aos infringentes – ainda que mediante a extinção do recurso – não é apenas das partes, mas também público, dada a uniformização e a amplitude da discussão que possibilita junto aos julgados não unânimes que reformam sentença de mérito.

Assim, além da transformação a respeito da natureza do procedimento – incidente ao invés de recurso – o novo texto acaba por proporcionar, também, uma extensão das hipóteses de cabimento desta técnica.

Isso porque o § 3º do art. 955 prevê que tal técnica de complementação de julgamento será aplicada igualmente, tanto às decisões colegiadas não unânimes em recurso de apelação quanto às decisões colegiadas não unânimes em ação rescisória e em recurso de agravo de instrumento que reformem decisão interlocutória de mérito, conceito esse melhor resolvido para o novo CPC.

Portanto, seu cabimento foi estendido, estando vinculado à reforma não unânime das decisões que versam sobre mérito, exceto nos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, no julgamento da remessa necessária e nos casos em que, junto aos tribunais, o órgão que proferiu o julgamento não unânime for o plenário ou a corte especial, a teor dos §§ 4º, 5º e 6º do art. 955, situações essas em que a manutenção dos votos divergentes é inerente à natureza dos julgamentos.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Parece-nos, portanto, que embora tenha ganhado força o jargão de que o número de recursos existentes em nosso estatuto processual civil contribui para a demora da prestação jurisdicional, os embargos infringentes são um instrumento que continuará fazendo parte do sistema – mesmo tendo sido extinto o recurso – como técnica de julgamento.

Desta forma, o sistema projetado pela criação da técnica de julgamento prevista pelo art. 955 do Substitutivo aprovado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados transforma a natureza do instituto, mas estende as suas hipóteses de incidência, contribuindo de forma inteligente para segurança e o acerto das decisões colegiadas sobre mérito.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Novas Vicissitudes dos Embargos Infringentes**. Curitiba: Gênese, 2002, n.º 25, p. 519-528.

FIGUEIRA JR, Joel Dias. **Comentários à Novíssima Reforma do CPC**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JORGE, Flávio Cheim e outros. **A Nova Reforma Processual**. São Paulo: Saraiva, 2ª ed. 2003.

LAMY, Eduardo de Avelar. **A Manutenção dos Embargos Infringentes pela Reforma do CPC e a Restrição Indireta Trazida pelo Novo § 4<sup>a</sup> do art. 515**. Revista de Processo n.º 137. São Paulo: RT, 2006, p. 128 a 133.

\_\_\_\_\_. **Flexibilização da Tutela de Urgência**. 2<sup>a</sup> ed 3<sup>a</sup> tiragem. Curitiba: Juruá, 2010.

\_\_\_\_\_. **Repercussão geral no Recurso Extraordinário: A Volta da Arguição de Relevância? Reforma do Judiciário**. Teresa Arruda Alvim Wambier e outros. Org. São Paulo: RT, 2005, p. 167 a 180.

NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

PINTO, Nelson Luiz. Manual dos Recursos Cíveis. São Paulo, Malheiros, 2003.

SHIMURA, Sérgio. Os embargos infringentes e seu novo perfil. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos** – 5<sup>a</sup> Série. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 497-524.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Breves Comentários à Segunda Fase da Reforma do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.



# PEQUENA HISTÓRIA DOS EMBARGOS INFRINGENTES NO BRASIL: UMA VIAGEM REDONDA

“*Nihil novi sub sole*”.

EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Luiz Carlos de Azevedo queixava-se de que “o acervo da literatura jurídica sobre a História do Direito no Brasil [...] se ressentia de escassez e pouquidão”, embora seja “farta e ampla, em termos gerais, junto aos [demais] países que acompanham a família romano-canônica”<sup>2</sup>. Algo lamentável, porquanto a história e as leis sempre se aclararam mutuamente (“*Il faut éclairer l’histoire par les lois et les lois par l’histoire*”, já ensinava Montesquieu).

Em nosso país, um dos ramos da ciência dogmática que mais sofre com a falta de pendor histórico é o *direito processual civil*. Um grande jurista do Triângulo Mineiro reconhecia que “a história do processo é a parte da Ciência do Direito, provavelmente, menos estudada e divulgada no Brasil”: “[...] são poucos os autores que dedicaram horas de seu labor aos estudos do passado de seu povo, ou, ainda que perfuntoriamente, de outros povos, mesmo o português de onde haurimos os primeiros passos do Processo Civil transmitidos pelas Ordenações do Reino”<sup>3</sup>. Infelizmente, esse desinteresse só vem aumentando, sobretudo entre os jovens processualistas. Ano após ano, a comunidade do processo civil é invadida por um sem-número de bem intencionados estudiosos, todos muito propensos a sofisticadas análises dogmáticas, mas pouco atentos à historiografia dos institutos sobre os quais se debruçam. Quando se leem escritos da mocidade sobre o sistema recursal brasileiro vigente, por exemplo, percebe-se *simpliciter et de plano* esse desdém pelo passado. Isso é de veras preocupante, visto que é absolutamente impossível uma compreensão dogmática precisa do referido sistema sem conhecerem-se as raízes

- 
1. Juiz Federal em Franca-SP. Bacharel em Direito pela USP. Especialista, Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da Academia Brasileira de Direito Processual Civil e do Instituto Panamericano de Direito Processual. Membro do Conselho Editorial da Revista Brasileira de Direito Processual
  2. AZEVEDO, Luiz Carlos de *Introdução à história do direito*, p. 17-18.
  3. PRATA, Edson. *História do processo civil e sua proteção no direito moderno*, p. 9.

romanas, canônicas e luso-medievais que sobre ele ainda reverberam. Enfim, ao jurista dogmático não é viável estudar o direito recursal atual desvinculando-o das causas que determinaram a sua juridicidade.

De uma maneira bastante genérica, isso vale para todo e qualquer setor da nossa vida jurídica: “Nenhum jurista pode dispensar o contingente do passado a fim de bem compreender as instituições jurídicas dos dias atuais. Ninguém é capaz de dar um passo à vanguarda, adiantando um, sem deixar o outro pé na retaguarda. Diferentemente não se realizam caminhadas”<sup>4</sup>. Todavia, às portas de uma nova codificação processual civil, estamos também à véspera de uma avalanche de comentários, desprovidos de qualquer preocupação jurídico-histórica, que sobre ela serão elaborados pelos mesmos bem intencionados estudiosos. No que diz respeito ao sistema recursal que está por vir, não tardarão afirmações equivocadas, frutos do vazio de formação histórica. Algumas dessas afirmações já estão sendo tecidas em relação ao “novel” tratamento que o novo Código dará ao recurso de embargos infringentes. Portanto, antes que esses equívocos grassem e se multipliquem, é preciso alertar que, em matéria recursal (e, mormente, em matéria de embargos infringentes), o CPC projetado pouco inova.

Para tanto, é indispensável, em breves linhas, narrar a evolução dos embargos na tradição luso-brasileira e verificar se o novo Código de fato romperá com “as forças do passado que os oprimem”. Uma história pequena e específica dos embargos infringentes faz-se ingente, portanto. Aliás, a experiência docente demonstra que, se algumas vezes a história de um instituto é sua melhor análise, no caso dos embargos infringentes ela é a única via plausível. Não uma história preponderantemente *externa*, ou seja, uma análise dos elementos exteriores ao regime jurídico dos embargos, que nele repercutiram direta ou indiretamente (fatores metajurídicos de ordem política, social, econômica, religiosa, cultural, etc.), mas uma história *interna* do instituto em si, em sua *pura normatividade*<sup>5</sup>.

É como história interna – diga-se – que a História do Direito se consagra como disciplina especificamente *jurídica* e, por esse motivo, obrigatoriamente integrante dos cursos de graduação em Direito (se bem que o apelo aos condicionantes extrajurídicos, não raro, seja assaz elucidativo).

## 2. OS EMBARGOS NA TRADIÇÃO LUSITANO-MEDIEVAL

Antes de prosseguir-se, são necessárias algumas considerações sobre a natureza dos embargos.

Para a maioria dos analistas, a essência dos embargos está em ser um “pedido de reconsideração”, que, antes do trânsito em julgado, é formulado perante o órgão prolator

4. FERREIRA, Waldemar Martins. *História do direito brasileiro*, p. 11.

5. Para uma distinção entre história interna e externa: COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*, p. 32-33.

da decisão embargada<sup>6</sup>. Em verdade, o julgamento dos embargos é submetido ao mesmo corpo, ou ao mesmo corpo *acrescido*<sup>7</sup>: o órgão jurisdicional é o mesmo; eventualmente, entretanto, sua composição é aumentada. Nesse sentido, pode-se afirmar que o elemento característico dos embargos é propiciar a *retratabilidade*<sup>8</sup>. A lei processual pode atribuir ou não efeito suspensivo aos embargos; a doutrina pode divergir se neles existe ou não efeito devolutivo<sup>9</sup>. Porém, sobre uma coisa jamais haverá dissenso: a presença do efeito *retratativo*. Daí por que é da essência do recurso que figurem no número daqueles que o vão julgar os próprios juízes prolotores da decisão embargada<sup>10</sup>.

É importante sublinhar a natureza *recursal* dos embargos. A despeito de algumas divergências entre os praxistas portugueses, o maior jurista brasileiro do século XIX, Augusto Teixeira de Freitas, colocava termo à discussão com a sua comezinha precisão: “A Praxe For. de Mor. Carv. Nota 411 não quer, que os – *Embargos* – sejam *recurso*, tendo em seu favôr Lobão Seg. Linha. Nota 591, e a classificação dos Arts. 13 e 33 do Regul. de 15 de Março de 1812; mas é um erro tão ilusório, como o da suposição de um mundo sem arrependimento, e portanto sem misericórdia. Ao contrario, o primeiro dos *Recursos* é o de *Embargos*, exprimindo que o homem póde, e deve, por si mêsmo remediar o mal de seu primêiro erro. A *Appellação*, exprimindo uma Instância Superiôr, que se-provoca, é só *recurso extremo*, quando o de *Embargos* não póde remediar o mal. A *Revista* é *recurso* para o mêsmo Juízo de 2ª Instancia, representado em duas Relações; e no mêsmo caso está o recurso d’*Embargos*, á decidir por sua vêz pêlo mêsmo Juízo de 1ª Instância, ainda que exercido por um sucessor”<sup>11</sup>.

Os embargos seriam: a) *declaratórios* se servissem para declarar (*i.e.*, para atacar as “palavras escusas ou intrincadas existentes na sentença, que a tornavam duvidosa”); b) *modificativos* se servissem para modificar a sentença em algum plano acessório, em força ou efeitos, sem destruí-la (*i.e.*, para alegar-se, *e.g.*, “depois da sentença definitiva, a exceção de compensação e outras de semelhante natureza e qualidade, porque tal exceção não ofende e nem desfaz a sentença, somente a tempera e a modifica, como e

6. Cf. CUNHA, Gisele Heloisa. *Embargos infringentes*, p. 20.

7. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. VII, p. 324.

8. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Embargos, prejudgado e revista no direito processual brasileiro*, p. 94.

9. Para Ovídio Baptista, p. ex., não haveria devolutividade nos embargos: “chama-se *efeito devolutivo* a transferência a um órgão de jurisdição superior do conhecimento da matéria decidida pelo magistrado de grau inferior [...], o que importa necessariamente em confiar a um órgão ou tribunal diferente daquele que proferiu a decisão impugnada a competência para o reexame da causa [...]” (*Curso de processo civil* .v. 1, p. 413). No entanto, contraditoriamente, mais à frente, o saudoso professor gaúcho afirma que os embargos infringentes, diferentemente dos embargos de declaração, contêm efeito suspensivo e devolutivo (Ob. cit., p. 449). A confusão não é justificável. Afinal, em primeiro plano, a retratabilidade é do órgão; só em segundo plano é dos seus componentes. Ainda que se acrescentem juízes estranhos ao primeiro julgamento, isso não ensejará a formação de um órgão novo. Para uma exposição dessa divergência doutrinária: CUNHA, Gisele Heloisa. *Embargos infringentes*, p. 108 e ss.

10. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Embargos, prejudgado e revista no direito processual brasileiro*, p. 95.

11. Nota 612 ao livro de PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano. *Primeiras linhas sobre o processo civil*, p. 227.

em quanto se haja de executar”); b) *ofensivos* se servissem para revogar, no todo ou na parte principal, as sentenças (*i.e.*, para a arguição de “exceções peremptórias e por rigor de direito tolhem a ação principal, como sentença, transação, juramento, pagamento, quitação, prescrição e outras semelhantes, que por sua natureza concluem o autor não ter ação para demandar e, por conseguinte, ser nenhuma sentença”) <sup>12</sup>.

Nesse sentido, antes de serem previstos em qualquer texto de direito positivo, os embargos já transitavam pelo quotidiano forense medieval lusitano como uma *prática extralegal*. Esses pedidos passaram a ser utilizados, a partir do século XIII, em razão da enorme dificuldade de apelar-se: os reis e sua corte “não se fixavam numa única cidade, preferindo perambular pelos seus domínios e, quando chegados a um determinado lugar, ali se punham a administrar a justiça aos vassalos” <sup>13</sup>. Por essa razão, diante da falta de perspectiva de uma parada do tribunal itinerante próxima ao local da demanda, preferia-se dirigir um pedido de reconsideração ao próprio juiz que proferira a sentença (o que ganhou uso bastante contínuo). Com isso, foi edificando-se um “sistema recursal *vivo*” [*law-in-action*], que não era espelhado nas leis processuais civis então vigentes [*law-in-books*].

Como se não bastasse, vivia-se à época enorme tensão normativa entre o direito reinol lusitano (fundado nas tradições romana e canônica, que serviriam à centralização do poder pela mão hábil dos egressos da Escola de Bolonha) e o direito consuetudinário de cariz visigótico (plasmado nos forais, cultuado pelos senhores da terra e com base no qual se lhe fundavam os privilégios e as imunidades). Em verdade, o fundo dessa tensão era *político*: de um lado, o *regnare* do principado (que governava); de outro, o *dominare* do senhorio (que se assenhoreava da terra sem governar). Assim, para não referendar o poder central das instâncias judiciárias da Coroa portuguesa, os *iudices*

12. COSTA, Moacyr Lobo da. *Origem dos embargos no direito lusitano*, p. 17. Em similar sentido, *v.g.*: FREITAS, Augusto Teixeira de. Nota 616 ao livro de PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano. *Primeiras linhas sobre o processo civil*, p. 230: “*Embargos ofensivos* (os mesmíssimos *infringentes* em grão de Execução) são os que combatem directamente a Decisão, quanto ao ponto principal, para que seja reformada: *Embargos modificativos* são os que não combatem directamente a Decisão, mas só tendem á modifica-la: *Embargos declaratórios* são os que tendem á fazêr declarar as Decisões, quando estas omittirão algum ponto; ou são escusas, e duvidosas”. Ver, ainda: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Embargos, prejudgado e revista no direito processual brasileiro*, 1937, p. 94-96: “A dificuldade no apelar, em parte devida à deficiência e aos rigores do direito relativo aos recursos nos velhos sistemas jurídicos, sugeriu o pedido de reconsideração das sentenças, ou para declará-las (embargos de declaração), ou para modificá-las, isto é, alterá-las em algum ponto, ou alguns pontos indicados, em virtude de razão suficiente (embargos modificativos), ou para as revogar, no todo, ou na parte principal (embargos ofensivos). [...] Note-se a diferença entre *ofender* (dizer nulo e infringir) e *modificar*. [...] Ora, os embargos modificativos e os embargos ofensivos ou infringentes são inconfundíveis. Aqueles não *atacam* a sentença; apenas lhe modificam efeitos. Os embargos modificativos não vão *ao passado*, ao tempo em que se proferiu a sentença, para dizerem que não vale ou que errou, isto é, para apontar-lhe a nulidade ou infringi-la. Fundam-se em factos novos, de-jeito que a decisão só se modifica *no presente e para o presente*. Se, excepcionalmente, se fundam em factos velhos, é isso em razão de não terem sido apreciados, pelos ignorar o executado. Os embargos de nulidade e infringentes do julgado, conforme o nome deles deles diz, ofendem a decisão, investem contra ela, e não só colimam modificá-la na execução. Os embargos modificativos constituem, portanto, meio jurídico à-parte, e não desmentem a decisão, e apenas lhe cortam, no tempo, a extensão da execução. São factos que ocorrem na execução e na execução é que se devem versar”.

13. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Origem e introdução da apelação no direito lusitano*, p. 76.

*terrae* (alvazis) e os senhores da terra (para quem a apelação era encaminhada antes de subir ao rei, ou ao seu magistrado-mor) criavam toda sorte de dificuldades à admissão do recurso.

Assim, para reafirmar o *ius commune* e dissolver as resistências locais, D. Dinis, por intermédio de edito passado nas corte d'Évora ao dia 31 de julho de 1282, admitiu a interposição de apelo diretamente ao rei, ou aos sobrejuízes da sua deambulatória *Cúria Régia* (uma assembleia, sucessora da Aula Régia visigótica, que até meados do séc. XIII assessorou o rei na formação da legislação e na administração justiça, vindo a ser depois denominada “Casa do Cível”) <sup>14</sup>. Eis o antecedente medievo da hoje chamada “apelação por instrumento” <sup>15</sup>. Afinal de contas, bem se sabia que “o poder de julgar envolve, em última análise, o poder de sujeitar o homem a uma camada intermediária e autônoma. Sem a jurisdição, o súdito ficaria liberto da obediência, preso apenas a uma lealdade de segundo grau, indireta, convertido o poder supremo em ficção” <sup>16</sup>. E a providência – em meio a outras funcionalizadas a reservar à Coroa a justiça maior e a suprema jurisdição – deu certo: “À medida que estendiam a atribuição jurisdicional, os reis conquistavam súditos, os quais, por um movimento convergente, procuravam fugir às prerrogativas da nobreza e do clero. Lavradores, artesões e mercadores despontavam como aliados da Coroa, reforçados com a solidariedade da organização municipal, os concelhos” <sup>17</sup>.

Logo, o uso alastrado dos embargos não tardou. Trata-se de uma singularidade tipicamente luso-medievo, inserida no direito brasileiro, sem similar no direito romano e “no direito comparado. Efetivamente não se encontra em outra legislação processual um recurso que, como este, tenha a finalidade de submeter a causa já decidida a uma nova apreciação. A mesma coisa dizia Almeida e Souza, quando afirmava que ‘nas Nações não vejo praticado tal remédio de embargos, mas só das apelações’. Em idêntico sentido manifestam-se os autores nacionais modernos, podendo invocar-se, entre outros, Odilon de Andrade e Baptista Martins, ambos declarando que o recurso de embargos não tem correspondente no direito de outros países” <sup>18</sup>. Talvez isso explique por que portugueses e brasileiros – com a baixa autoestima que sempre têm pelas coisas que só são suas e de mais ninguém – devam injusta ojeriza ao instituto.

Ulteriormente os embargos migraram para os textos de direito positivo. Segundo Affonso Braga, “os primeiros traços embryonários dos embargos, como recursos contra

---

14. Sobre o tema, p. ex.: AZEVEDO, Luiz Carlos de e TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lições de história do processo civil lusitano*, p. 57-58 e 200-204; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Origem e introdução da apelação no direito lusitano*, p. 105 e ss. Sobre a *Cúria Régia* portuguesa: CAETANO, Marcelo. *História do direito português*. v. 1, p. 122-124; SOARES, Torquato de Sousa. “*Cúria Régia*”. *Dicionário de história de Portugal*. v. 1, p. 774-775. Sobre a origem das *cúrias* nas monarquias feudais européias do século X ao XII: CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *História da organização judiciária e do processo civil*. t. I, p. 201 e ss.

15. Como se vê, o importante papel da *appellatio* na consolidação do Estado português no séc. XIII merece melhor atenção da historiografia jurídica luso-brasileira.

16. FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. v. 1, p. 9.

17. Idem. *Ibidem*, p. 9.

18. ARAGÃO, Egas Moniz de. *Embargos infringentes*, p. 63.

sentenças injustas, constam das Ordenações Affonsinas, publicadas em 1446, sendo, porém, elles restrictos aos modificativos da sentença. Mais tarde foram consagrados todos, que já eram usados na prática forense, modificativos, infringentes e de nulidade pelas Ordenações Manuelinas, Livro 3, título 48, parágrafo 7, título 77, parágrafo 14 e título 71, parágrafo 32, d'onde passaram para o Código Philippino, Ord. Liv. 3, Tít. 66, parágrafo 6, título 84, parágrafo 8 e título 86, parágrafo 17”<sup>19</sup>.

Pontes de Miranda também argumenta que os primeiros embargos a admitirem-se em lei foram os modificativos, previstos nas Ordenações Afonsinas (Livro III, Título 105 – “Embargos à arrematação”). Para ele, surgiram depois os embargos ofensivos, na vigência das Ordenações Manuelinas (Livro III, Título 71, § § 18 a 21) e Filipinas (Livro III, Título 87, § § 1 a 4). Os embargos opostos à sentença, apreciáveis pelo próprio juiz que a prolatou, vinham dispostos nas Ordenações Afonsinas (Livro III, Título 67, § 4º), Manuelinas (Livro III, Título 71) e Filipinas (em vários textos do Livro III, Títulos 15, § 3º; 34, § 5º; 886, § § 1 a 7 e 87)<sup>20</sup>.

Divergindo de ambos, Moacyr Lobo da Costa sustenta que, muito “embora sem a denominação de embargos, já no reinado de D. Afonso III (1248-1279) era conhecido e praticado um meio de impugnação obstativa que guarda íntima semelhança com os embargos, tal como vieram a ser acolhidos nas Ordenações Afonsinas”<sup>21</sup>. Segundo ele, “trata-se de uma lei sem indicação da data de sua promulgação, que, no *Livro das leis e posturas*, se encontra colocada entre uma lei de D. Diniz e outra de D. Afonso III”. Não é de estranhar-se que assim seja. Afinal, como bem advertido pelo autor, “é reconhecido o fato, proclamado por Herculano, de que, nessa coletânea, os monumentos legislativos não estão separados por reinados, em ordem cronológica, sobretudo os diplomas de D. Afonso III e D. Diniz, ‘que se confundem às vezes inextricavelmente’”.

Moacyr Lobo da Costa também discordava da afirmação de que tão somente os embargos modificativos à arrematação constavam da primeira ordenação reinícola: “No sistema das Ordenações Afonsinas, os embargos eram o meio de que o réu se valia antes da contestação da lide, depois da contestação da lide mas antes da sentença definitiva, depois da sentença definitiva mas antes da sua execução ou antes da arrematação dos bens: embargos à contestação (Tít. 55, proêmio, e Tít. 57, nº 4); embargos à definitiva (Tít. 55, proêmio e n, 2, Tít. 57, nº 5, e Tít. 66, nº 5); depois da sentença definitiva (Tít. 55, nº 3, 4 e 5, e Tít. 56, proêmio e nº 1); embargos à execução (Tít. 56, nº 1, Tít. 79, nº 1, e Tít. 89, nº 1, 2 e 6); embargos à execução per porteiro (Tít. 92, nº 2); e embargos à arrematação (Tít. 105, proêmio)”<sup>22</sup>.

19. BRAGA, Afonso. *Instituições de processo civil no Brasil*. v. 3, p. 136-137.

20. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Embargos, prejudgado e revista no direito processual brasileiro*, p. 96-97.

21. COSTA, Moacyr Lobo da. *Origem dos embargos no direito lusitano*, p. 16.

22. Idem. *Ibidem*, p. 15-16.

### 3. OS EMBARGOS INFRINGENTES NO BRASIL IMPERIAL<sup>23</sup>

Os embargos chegaram ao Brasil pelas Ordenações Filipinas, as quais admitiam os embargos *declaratórios, modificativos e ofensivos*.

Após a Independência do Brasil, instalou-se em 3 de maio de 1823 a *Assembleia Constituinte e Legislativa do Império do Brasil*, que em sessão de 5 de maio promulgou a Lei de 20 de outubro de 1823. O novo texto declarou “em vigor a legislação pela qual se regia o Brasil até 25 de Abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquella data em diante, e os decretos das Cortes Portuguezas que são especificados”:

Art. 1º As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional d'elle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na pare, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas.

Todavia, devido à enorme morosidade que geravam, os embargos cabíveis antes da sentença final foram extintos pela Lei de 29 de novembro de 1832 (que “promulga o Codigo do Processo Criminal de primeira instancia com disposição provisoria ácerca da administração da Justiça Civil”):

Art. 14. Ficam revogadas as Leis, que permittiam ás partes replicas, e treplicas e embargos antes da sentença final, excepto aquelles, que nas causas summarias servem de contestação da acção. Os agravos de petição, e instrumentos ficam reduzidos a agravos do auto do processo: delles conhece o Juiz de Direito, sendo interpostos do Juiz Municipal, e a Relação, sendo do Juiz de Direito.

No âmbito da Justiça Criminal, os embargos foram totalmente abolidos pela Lei 261, de 3 de dezembro de 1841:

Art. 86. Nas causas crimes, de que trata esta Lei, não se admittiráo embargo algum ás decisões e sentenças da primeira e segunda instancia.

Essa lei foi minudenciada pelo Regulamento 120, de 31 de janeiro de 1842, nos seguintes termos:

Art. 503. Nas causas crimes, de que trata esse Regulamento, não poderão as partes usar de embargos, qualquer que seja a denominação e natureza das decisões sentenças da 1ª e 2ª instancia, quer interlocutorias, quer definitivas.

No que concerne à parte civil da Lei 261, de 1841, a regulamentação se deu por meio do Decreto nº 143, de 15 de Março de 1842:

---

23. Em Portugal, os embargos infringentes integraram o Código de Processo Civil de 1876. Todavia, foram abolidos pelo Código de 1939 e nunca mais retornaram.

Art. 33. Não se admittirão embargos alguns, antes de sentença final, de quaesquer despachos ou sentenças interlocutorias, comprehendidos os lançamentos e as decisões sobre aggravos, quer proferidas pelas Relações, quer pelos Juizes de Direito. Exceptuão-se os embargos que nas causas summarias servem de contestação da acção.

Todavia, os embargos foram ressuscitados, no âmbito exclusivamente comercial, pelo Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850.

De acordo com a nossa primeira codificação processual civil (diploma polêmico cujos dispositivos relativos à matéria são bastante confusos<sup>24</sup>):

Art. 662. As sentenças proferidas nas Relações poderão ser embargadas dentro de dez dias (art. 639), pedindo o embargante vista dos proprios autos ao Juiz relator do feito, que a dará por cinco dias ao embargante, seja parte singular ou collectiva, seguindo a discussão dos embargos a fórma determinada no art. 644.

Art. 663. Estes embargos podem ser modificativos ou infringentes do julgado; nelles poderá allegar-se qualquer nullidade nos termos do Cap. I Tit. II das nullidades, e quanto á materia de facto só poderão ser offerecidos sendo acompanhados de prova litteral in continente. Além dos referidos embargos serão ainda admissiveis os de restituição.

O Decreto 5.618, de 2 de maio de 1874, também previu os embargos:

Art. 156. Só se admittem embargos aos acórdãos da Relação proferidos em causal civeis, em gráo de appellação ou de execução, e nos processos crimes a que se referem os arts. 90 a 103.

Art. 157. Não são admittidos segundos embargos, salvos os de declaração e de restituição in integrum.

Art. 158. A sentença póde ser embargada pela parte no termo de cinco dias contados da data da intimação.

Art. 159. O Juiz Relator mandará dar vista as partes, por 10 dias a cada uma, quer singular, quer collectiva, para impugnar e sustentar os embargos.

Art. 160. Nas causas civeis os embargos serão julgados pelos mesmos Juizes que proferiram o acórdão embargado.

Art. 161. Nos processos crimes (arts. 90 a 105) os embargos serão julgados por todos os Desembargadores presentes, embora em numero inferior, ou diversos dos que proferiram o acórdão embargado.

Art. 162. Quanto aos demais termos do processo dos embargos seguir-se-ha o que fôr applicavel e se dispõe no art. 128 ácerca das appellações, e nos arts. 661, 663 e 664 do Decreto n° 737 de 25 de Novembro de 1850.

Os embargos também foram contemplados pela *Consolidação das disposições legislativas e regulamentares concernentes ao Processo Civil*, do Conselheiro Antônio Joaquim

---

24. Uma interessante coletânea das opiniões divergentes a respeito do Regulamento 737 por ser vista em BORGES, Marcos Afonso. *Embargos infringentes*, p. 22-24, nota 4.

Ribas, conhecida simplesmente como “Consolidação de Ribas” (que se tornou de lei por força da imperial Resolução de Consulta de 28 de dezembro de 1876):

Art. 1.500. As sentenças definitivas podem ser embargadas por embargos offensivos, modificativos ou declaratórios dellas, salvo nos casos nos arts. 991 e 1.260.

Art. 1.501. Estes embargos devem ser offerecidos dentro de dez dias da hora em que a sentença foi publicada na presença das partes, ou de seus procuradores, ou da em que lhes foi intimado, estando ausentes.

Art. 1.502. É bastante pedir-se a vista para os embargos no prazo marcado no artigo antecedente, ainda que ella não se continue, ou não se cobrem os autos dentro de dito praso.

Art. 1.503. Não são admissíveis segundos embargos á mesma sentença, excepto:

§ 1º. Os de suspeição, ou incompetência, quando a causa da suspeição nascer depois da sentença final, ou o feito tiver de ser julgado por algum juiz suspeito, ou incompetente, que de novo nelle intervenha.

§ 2º. Os de restituição.

§ 3º Os de declaração.

Art. 1.504. Não se consideram segundos embargos os embargos que são oppostos á sentença proferida sobre embargos, em que houve innovação da antecedente.

Art. 1.505. Se o Juiz, vistos os embargos, julgar conveniente que as partes arrazoem sobre elles, mandará dar vista primeiro ao embargado e depois ao embargante.

Art. 1.506. Se forem dous os embargantes, se dará vista ao que houver embargado em primeiro lugar, e depois ao outro embargante.

Art. 1.507. Se os embargos vierem remettidos de outro júizo, primeiro se continuará vista ao embargante e depois ao embargado.

Art. 1.508. Discutidos assim os embargos, e se forem relevantes por sua materia, o Juiz os receberá logo, ainda que não venham provados.

Art. 1.509. Deverá, porém, despresal-os e mandar cumprir a sentença embargada nos seguintes casos:

§ 1º. Se consistentes em materia velha, na fórmula dos arts. 1340 e 1341.

§ 2º. Se são impertinentes, frívolos, ou calumniosos.

Art. 1.510. Estes embargos se processarão summariamente.

Art. 1.511. Quando os embargos se mostram plenamente provados pelos mesmos autos, devem logo ser recebidos e julgados provados.

Art. 1.512. Estes embargos correm suspensivamente nos mesmos autos, salvo no caso dos arts. 740 e 856.

Art. 1.513. Os embargos devem ser articulados; e não podem ser offerecidos por simples petição, ou cota, salvo quando se offerece por embargos a materia independente de ser articulada.

Art. 1.514. Não se deve negar vista para embargos; salvo nos casos do art. 1503, princípio, e 1509.

#### 4. OS EMBARGOS INFRINGENTES NO BRASIL REPUBLICANO I

O Decreto nº 763, de 19 de setembro de 1890, “manda observar no processo das causas cíveis em geral o regulamento nº 737 de 25 de novembro de 1850, com algumas exceções e outras providências”. Nesse sentido, estendeu-se para o âmbito processual cível o Regulamento 737, de 1850; com ele, vieram os embargos:

Art. 1º São applicaveis ao processo, julgamento e execução das causas cíveis em geral as disposições do regulamento nº 737 de 25 de novembro de 1850, excepto as que se contem no titulo 1º, no capitulo 1º do titulo 2º, nos capitulos 4º e 5º do titulo 4º, nos capitulos 2º, 3º e 4º e secções 1ª e 2ª do capitulo 5º do titulo 7º, e no titulo 8º da primeira parte.

Paragrapho único. Continuum em vigor as disposições leaes que regulam os processos especiaes, não comprehendidos no referido regulamento.

Com o advento da República e da Constituição Federal de 24 de fevereiro 1891, a competência legislativa sobre direito processual foi delegada aos Estados-membros:

Art. 34 – Compete privativamente ao Congresso Nacional:

[...].

23º) legislar sobre o direito cível, comercial e criminal da República e o processual da Justiça Federal;

[...].

Art. 65 – É facultado aos Estados:

[...].

2º) em geral, todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição.

No Distrito Federal, p. ex., os embargos infringentes foram tratados no Decreto 16.273, de 20 de dezembro de 1923 (que reorganizou a Justiça do Distrito Federal):

Art. 100. Os accordams das Camaras cíveis constituem decisão de ultima instancia, quando proferidos por unanimidade, em confirmação de sentenças appelladas.

§ 1º. No caso de divergencia, é obrigatoria a fundamentação, por escripto, do voto vencido.

§ 2º. Os accordams dessas Camaras, porém, coustituem sempre decisões de ultima instancia, com effeitos de cousa julgada, quando proferidos em causas de pretoria, de valor não excedente a 5:000\$000.

[...].

Art. 108. A' Côrte de Appellação compete julgar em unica e definitiva instancia:

I – Os embargos infringentes do julgado oppostos, na acção ou na execução, aos accordams das Camaras de appellação cível e de aggravos, quando estes não constituam, nos termos prescriptos nas disposições anteriores, decisão de ultima instancia.

[...].

Como se vê, aqui, os embargos infringentes já apresentavam compleição similar à de hoje. Tratava-se de recurso: voluntário<sup>25</sup> (razão pela qual o pedido poderia limitar-se à reforma parcial do julgado); interposto de acórdãos de apelação e agravo; interposto de acórdão não unânime, qualquer que fosse o resultado, ou de acórdão unânime ou não que reformasse decisão apelada ou agravada (ou seja, não podia ser interposto em caso de *dupla conformidade*<sup>26</sup>); que sempre era cabível nas causas de valor superior a cinco contos de réis, qualquer que fosse o resultado do acórdão.

Destinado a modificar a organização judiciária do Distrito Federal, o Decreto nº 5.053, de 6 de novembro de 1926, alterou a composição das Câmaras de Julgamento dos embargos infringentes (“embargos de nulidade e infringentes<sup>27</sup>”), mantendo quanto ao mais a regime do decreto anterior:

Art. 5º Os accórdãos da Camara de Appellações civeis estão sujeitos a embargos de nullidade ou infringentes do julgado, excepto quando proferidos em causas de pretoria, as quaes serão julgadas por toda a Camara.  
[...].

Art. 7º Os embargos de nullidade e infringentes do julgado, oppostos aos accordãos das Camaras de Appellação e de Aggravos, serão julgados por todos os membros da Camara que os houver proferido, inclusive o seu presidente. Paragrapho unico. Não poderá servir de relator ou revisor o juiz que houver funcionado na decisão embargada, e deverão tomar parte no julgamento, pelo menos, cinco desembargadores, inclusive o presidente.

- 
25. Como se verá melhor adiante, no presente texto, a expressão “recurso voluntário” não é redundante.
26. Na tradição do direito canônico, o *duplex sententia conformis* sempre gerou coisa julgada. Atualmente, a regra está prevista no *Codex Iuris Cononici* (de 1983): *Can. 1641 – Firmo praescripto can. 1643, res iudicata habetur: 1º si duplex intercesserit inter eadem partes sententia conformis de eadem petito et ex eadem causa petendi; [...]* (tradução livre: Cân. 1.641. Salva a prescrição do cân. 1.643, há coisa julgada: 1ª. se tiverem sido dadas duas sentenças concordes entre as mesmas partes, sobre o mesmo pedido e pela mesma causa de pedir; [...]). De acordo com Luiz Carlos de Azevedo e José Rogério Cruz e Tucci, “a imposição da *duplex conformis*, segundo abalizada doutrina, foi inicialmente introduzida nas ações de nulidade de casamento pelo Papa Benedito XIV (1740-1758), em 1741, com a finalidade de coibir graves abusos advindos da irresponsável facilidade e excessiva precipitação com que muitos juízes dissolviam o matrimônio” (*Lições de processo civil canônico: história e direito vigente*, p. 142). Assim, se houver divergência entre as decisões de primeiro e segundo graus, a causa será submetida a um terceiro exame para que se busque uma duplicidade de julgamentos idênticos e, com isso, a formação da coisa julgada. Para uma exposição da dupla conformidade como princípio implícito do sistema processual civil brasileiro atualmente vigente: CARVALHO, Fabiano. O princípio da dupla conformidade, p. 1.185-1.192.
27. A expressão “embargos infringentes e de nulidade” persistiu até o Código de Processo Civil de 1939. De acordo com Gabriel Rezende Filho, “os *embargos de nulidade*, como a palavra está indicando, versam sobre a nulidade da sentença ou do processo, ou sobre a nulidade de ambos”; por sua vez, “os *embargos infringentes* atacam a sentença em sua substância, exceto quanto às nulidades. Visam a reforma total ou parcial da sentença” (*Curso de direito processual civil*. v. III, p. 113). No entanto, os embargos de nulidade sempre estiveram compreendidos na categoria dos embargos infringentes. De acordo com José Frederico Marques, “não se pode embargar um acórdão, para anulá-lo, pura e simplesmente; e esses, sim, seriam os verdadeiros embargos de nulidade. As questões processuais somente podem dar lugar ao recurso de embargos de nulidade, se o acórdão embargado sobre elas versou e decidiu-as de forma não unânime. Vê, pois, que a expressão *embargos de nulidade* nada mais é que o *nomen iuris* de uma espécie de embargos infringentes” (*Instituições de direito processual civil*. v. IV, p. 256).

Art. 8º Nos julgamentos dos embargos de nulidade e infringentes do julgado a Camara de Appellações Civeis será presidida pelo presidente da Corte de Appellação, e a Camara de Aggravo pelo vice-presidente, que será, sempre e independentemente de eleição, o juiz mais antigo do Tribunal que não exerça, na ocasião, a presidencia.

De qualquer modo, no concerne aos embargos, “a quase-totalidade dos diplomas estaduais os admitia contra decisões de primeiro grau ou de segundo, em suas espécies declaratórios, infringentes e de nulidade”<sup>28</sup>. De acordo com Egas D. Moniz de Aragão, “na quase-totalidade dos Estados a lei processual admitia os embargos como recurso contra as decisões de primeira ou de segunda instância. Diz Lopes da Costa, no que é seguido por Mendonça Lima, que muitos códigos estaduais não o acolheram e menciona como tais os de São Paulo, Santa Catarina, Paraná, Ceará, Pernambuco e Rio Grande do Sul. Não se pode acompanhá-los na assertiva. Em São Paulo (Cód. Proc., art. 1.112), no Ceará (Cód. Jud., art. 1.405), em Santa Catarina (Cód. Jud., art. 1.859), em Pernambuco (Cód. Proc., art. 1.439), no Paraná (Cód. Proc., art. 753), estavam os embargos arrolados como recurso. Aliás, é de crer-se que o fossem em todas as unidades da federação. No próprio Rio Grande do Sul, embora o Código de Processo de 1890 não os contemplasse, foram eles introduzidos pela Lei de Organização Judiciária de 1925. As leis estaduais habitualmente prescreviam os embargos à sentença ou acórdão e, depois, os embargos à execução, que poderiam ser de nulidade ou infringentes”<sup>29</sup>. O Professor Marcos Afonso Borges ainda acrescenta que, “salvo melhor juízo, alguns Códigos, como, por exemplo, o de Minas Gerais (arts. 1.143 e 1.442) e o da Bahia (art. 1.239), admitiam embargos infringentes e de nulidade (ofensivos ou modificativos) também contra decisão do juízo monocrático”<sup>30</sup>.

## 5. OS EMBARGOS INFRINGENTES NO BRASIL REPUBLICANO II

A Constituição Federal de 16 de julho de 1934 devolveu à União a competência legislativa sobre direito processual (art. 5º, XIX, “a”). Com isso, foi editada a Lei 319, de 25 de novembro de 1936 (a qual “regula o recurso das decisões finaes das Côrtes de Appellação e de suas Câmaras”):

Art. 5º Os accordãos nos julgamentos de appellação civeis e de aggravos constituem decisões de ultima instância sempre que, proferidas por unanimidade de votos, confirmarem decisões recorridas, excepto nas causas de valor superior a vinte contos de réis 20:000\$000.

Paragrapho unico. Quando não houver dupla conformidade, ou quando excedido o valor fixado neste artigo caberão embargos de nulidade e infringentes, do julgado julgamento pelo Tribunal competente, nos termos da organização judiciaria.

28. BORGES, Marcos Afonso. *Embargos infringentes*, p. 30.

29. ARAGÃO, Egas Moniz de. *Embargos infringentes*, p. 46.

30. BORGES, Marcos Afonso. *Embargos infringentes*, p. 30, nota 18.

Aqui, como é possível perceber, os embargos infringentes apresentaram-se como um recurso: voluntário (motivo pelo qual o pedido poderia estar circunscrito à reforma parcial do julgado); interposto de acórdãos de apelação e agravo; interposto de acórdão não unânime que reformasse a decisão recorrida (razão por que não era ele cabível se o acórdão mantivesse a decisão recorrida ou a reformasse à unanimidade); sempre cabível nas causas de valor superior a vinte contos de réis (ainda que o acórdão fosse unânime, ou ainda que se tratasse de acórdão não unânime que tivesse mantido a decisão recorrida ou a reformado à unanimidade).

Sob o regime do Estado Novo, foi promulgada a Constituição Federal de 10 de novembro de 1937 (a “Polaca”), que conservou com a União a competência legislativa sobre direito processual (art. 16, XVI).

Já na ditadura de Getúlio Vargas, editou-se o Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei 1.608, de 18 de setembro de 1939), cuja redação originária, em matéria de embargos infringentes, era a seguinte:

Art. 833. Além dos casos em que os permitem os arts. 783 § 2º e 839, admitir-se-ão embargos de nulidade e infringentes do julgado quando não for unânime o acórdão que, em grau de apelação, houver reformado a sentença.

Aqui, cinco observações se mostram esclarecedoras.

Em primeiro lugar, o *Codex* de 1939 só admitia apelação de sentença definitiva de primeira instância (art. 820). De sentença terminativa cabia *agravo de petição* (art. 846). Portanto, não cabiam embargos infringentes de acórdão não unânime que tivesse reformado sentença terminativa.

Em segundo lugar, não mais se previram embargos infringentes nos recursos de agravo em geral.

Em terceiro lugar, o valor da causa deixou de ter influência sobre o cabimento dos embargos infringentes em segunda instância.

Em quarto lugar, por força do § 2º do artigo 783 da codificação processual civil de 1939, cabiam embargos infringentes de acórdãos do STF proferidos no exercício de sua competência originária (prevista no art. 144).

Em quinto lugar, por força do artigo 839 do referido diploma, cabiam embargos infringentes das sentenças de primeira instância proferidas em ações de valor igual ou inferior a dois contos de réis (valor que, por força da Lei 4.290/63, passou a equivaler a duas vezes o salário mínimo vigente nas capitais respectivas dos Territórios e Estados).

Pois bem. O artigo 833 passou por sucessivas reformas. Eis as redações por ele assumidas:

REDAÇÃO DADA PELO DECRETO-LEI 2.253/40:

Art. 833. Além dos casos em que os permitem os arts. 783 § 2º e 839, admitir-se-ão embargos de nulidade e infringentes do julgado quando não fôr unânime o acórdão que, em grau de apelação, houver reformado a sentença, ou quando, apesar de unânime o acórdão que houver reformado a sentença, se tiver fundado a ação em contratos de mandato ou outros para a execução, no estrangeiro, de sentenças proferidas no Brasil.

REDAÇÃO DADA PELO DECRETO-LEI 4.565/42:

Art. 833. Além dos casos em que os permitem os arts. 783, § 2º e 839 deste Código, ou disposições de lei especial, admitir-se-ão embargos de nulidade e infringentes do julgado quando não for unânime o acórdão que, em grau de apelação, houver reformado a sentença. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

REDAÇÃO DADA PELO DECRETO-LEI 8.570/46:

Art. 833. Além dos casos em que os permitem os arts. 783, § 2º, e 839, admitir-se-ão embargos de nulidade e infringentes do julgado quando não fôr unânime a decisão proferida em grau de apelação, em ação rescisória e em mandado de segurança. Se o desacôrdo fôr parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.

Na última reforma, merece destaque a possibilidade de embargos infringentes de acórdãos não unânimes, reformatórios ou confirmatórios, não apenas em apelação, mas também em ação rescisória e mandado de segurança.

## 6. OS EMBARGOS INFRINGENTES NO BRASIL REPUBLICANO III

No Código de Processo Civil atualmente vigente (Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973), a redação original sobre os embargos infringentes foi a seguinte:

Art. 530. Cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

Vê-se que os embargos infringentes se tornaram um recurso voluntário cabível, independentemente do valor da causa, de acórdão não unânime *tout court* (reformatório ou confirmatório) proferido em apelação (de sentença definitiva ou terminativa, já que a figura do agravo de petição fora extinta), ou ação rescisória. Haja vista que se deixou de falar em mandado de segurança, cristalizou-se na jurisprudência o entendimento – *data venia*, equivocado<sup>31</sup> – de que a partir de 1973 não mais cabiam os referidos embargos no âmbito do *writ* (cf. Súmulas 169 do STJ e 597 do STF).

No entanto, com o advento da Lei 10.352, de 26 de dezembro de 2001, o art. 530 do CPC sofreu alterações:

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.

Em torno desse dispositivo legal, construíram-se fundamentalmente os seguintes entendimentos:

- Uma vez que os embargos infringentes são um recurso voluntário, é possível a reforma parcial do julgado, formando-se coisa julgada da parte não impugnada (Súmula 354 do STF);

---

31. Afinal, era possível a prolação de acórdão não unânime em apelação de mandado de segurança.

- Não cabem embargos infringentes de acórdão de apelação em mandado de segurança (entendimento que, para além das Súmulas 169 do STJ e 597 do STF, acabou sendo consagrado pelo artigo 25 da Lei 12.016/2009);
- Só cabem de acórdão de apelação que houver reformado sentença definitiva (*rectius*: cabe tão somente de acórdão de mérito que houver reformado sentença – cf., p. ex., STJ, 3ª T., REsp 832.370/MG, rel. Min. Nancy Andrighi);
- Em regra, não cabem de acórdão proferido por maioria em recurso de agravo;
- Todavia, cabem de acórdão proferido por maioria em agravo retido quando se tratar de matéria de mérito (Súmula 255 do STJ); pela mesma razão e sob as mesmas condições, cabem em agravo de instrumento (cf., *v.g.*, STJ, Corte Especial, EREsp 276.107/GO, rel. Min. Francisco Peçanha Martins);
- Não cabem das decisões por maioria em reexame necessário (Súmula 390 do STJ)<sup>32</sup>;
- Só cabem de acórdão não unânime que reforma, ou rescinde (o que mostra a retomada do *duplex conformis* como empeço aos embargos infringentes);
- Ao cabimento do recurso é irrelevante o valor da causa.

## 7. A INJUSTA “VILANIZAÇÃO” DOS EMBARGOS INFRINGENTES

Ao longo de toda a sua existência, os embargos infringentes sempre foram alvos de uma campanha denegridora. São muitos os juristas do processo civil que censuram o inchaço do sistema recursal brasileiro e como primeira medida recomendam a supressão dos embargos. Araken de Assis, por exemplo, a eles se refere como um “anacronismo”, que “não se justifica no presente momento histórico”<sup>33</sup>. Uma das investidas mais frequentes contra o recurso é dizer que não se passa de *bis in idem* ou simples “segundo tempo” da apelação<sup>34</sup>. Em contrapartida, é interessante notar que dois dos maiores processualistas da história brasileira passaram a defender o instituto após tornarem-se desembargadores e conviverem com ele no cotidiano forense.

De acordo com Pontes de Miranda, “a matéria, em grau de embargos, ganha em melhor estudo dos advogados e melhor apreciação dos juízes, de modo que se junta à experiência dos juízes do tribunal, cujo acórdão se embarga, o estudo recente do relator

---

32. Infelizmente, o STJ renegou a Súmula 77 do extinto TFR (“Cabem embargos infringentes a acórdão não unânime proferido em remessa *ex officio*”). Ora, onde há a mesma razão, deve haver o mesmo direito; daí por que, se cabem embargos infringentes em agravo que toca o mérito, deve caber no reexame necessário em que o mérito é enfrentado. Afinal, sob a vigência da Lei 10.352/2001, um dos objetivos dos embargos é conferir maior segurança jurídica aos julgamentos de reforma de mérito. Ademais, como se verá melhor adiante, o reexame necessário tem natureza *recursal*, razão pela qual nada mais é do que uma “apelação *ex officio*”, a qual, por essa, comporta embargos infringentes. Um brilhante defesa da admissibilidade dos embargos infringentes em reexame necessário pode ser vista em: ASSIS, Araken de. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*, p. 335-355.

33. ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, p. 547.

34. Crítica elaborada por MARTINS, Pedro Batista. *Recursos e processos da competência originária dos tribunais*, p. 238-239.

e do revisor do recurso de embargos. Psicologicamente, e dizemo-lo com a observação direta de muitos anos, os melhores julgamentos, os mais completamente instruídos e os mais proficientemente discutidos, são os julgamentos das câmaras de embargos, e não se compreende que, ainda em Portugal, houvesse hostilidade ao velho recurso lusitano, preciosa criação da mentalidade popular, na reação contra a errada justiça reinícola”<sup>35</sup>.

Por sua vez, Barbosa Moreira, conquanto já tenha sido contrário à sobrevivência dos embargos infringentes, passou a defender o recurso, ainda que com restrições ao seu cabimento: “Nas três primeiras edições deste livro, enunciamos conclusão desfavorável à sobrevivência dos embargos infringentes. A experiência judicante levou-nos a atenuar o rigor de nossa posição. Passamos a preconizar que se mantivesse o recurso, mas se lhe restringisse o cabimento, excluindo-o em alguns casos, como o de divergência só no caso de preliminar, ou em apelação interposta contra sentença meramente terminativa, e também o de haver o tribunal *confirmado* (embora por maioria de votos) a sentença apelada, à semelhança do que se dava no sistema primitivo do estatuto de 1939, antes do Dec.-lei nº 8.570, de 8.1.1946”<sup>36</sup>.

Nesse sentido, desperta estranheza a afirmação – feita na Exposição de Motivos do Anteprojeto de novo Código de Processo Civil, elaborado pela Comissão de Juristas instituída por Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009 – de que a supressão dos embargos infringentes se justifica porque, “há muito, doutrina de melhor qualidade vem propugnando pela necessidade de que sejam extintos”<sup>37</sup>, embora não se aponte no texto quem, além dos juristas que integraram a Comissão, são os eméritos autores dessa doutrina. A bem da verdade, também é de melhor qualidade a doutrina que propugna a manutenção dos embargos infringentes no sistema processual civil positivo brasileiro.

É indiscutível que os embargos infringentes protelam o desfecho da causa (o que não significa que contribuem para a morosidade sistêmica da Justiça, tendo em vista que o número de acórdãos não unânimes que reformam sentenças é *insignificante*). Além do mais, infundem o risco de dispersão de votos (o que não raro só se soluciona mediante o socorro a criativos critérios de extração de voto médio). Não se pode olvidar, contudo, que os embargos infringentes fornecem maior segurança jurídica aos julgamentos, pois dele sói participar um número maior de magistrados, os quais são incitados à revisão de dois julgamentos anteriores: o da sentença apelada e o do acórdão da apelação. Tenha-se em mente que os embargos propiciam a *última* oportunidade para que sejam revolidas as *questões de fato*. Para além dos tribunais inferiores, as questões de direito poderão ser ainda reexaminadas no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal. No entanto, a análise das questões fáticas – quase sempre o principal fator determinante ao deslinde da causa – está restrita a duas instâncias.

35. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. VII, p. 329-330.

36. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V, p. 518. Como se vê, as sugestões de Barbosa Moreira foram adotadas *in toto* pela Lei 10.352/2001.

37. <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso: 27 set. de 2013.

Daí a sabedoria prática subjacente aos embargos infringentes (sabedoria essa tão presente no processualismo lusitano reinol, ao qual Portugal e Brasil a todo tempo viram inexplicavelmente as costas, colonizados pelo “processualismo científico” italiano).

A erradicação dos embargos infringentes poderia justificar-se caso demonstrado o baixo grau de provimento do recurso. Contudo, há forte suspeita de que, na verdade, o índice de provimento dos embargos é elevado. De qualquer maneira, o Brasil não é país que se esmera em estatísticas (confiáveis). Por isso, não há base empírica, que sustente a eliminação do instituto<sup>38</sup>. Daí a falta de cientificidade daqueles que, com dedo em riste, prescrevem a extração cirúrgica dos embargos infringentes da arcada recursal brasileira. Desgraçadamente, é com *voluntarismos* e *achismos* que a política legislativa brasileira vem sendo promovida há séculos, não com Ciência. Para Pontes de Miranda, chegará o dia em que “[...] a lei se fará segundo os dados e materiais de observação, de estatística, etc., e não segundo a opinião, o pendor ou o *credo* político dos legisladores, a que não se dará autoridade despótica para impô-la às populações, por intermédio da violência do Executivo e da *sub-consciência* do Judiciário”<sup>39</sup>. No entanto, trata-se de profecia ainda irrealizada em *terra brasilis*.

## 8. OS EMBARGOS INFRINGENTES NO PROJETO DE NOVO CPC

Ante tanta controvérsia acerca da conveniência político-processual dos embargos infringentes, é natural que, no Congresso Nacional, a inserção do instituto no Projeto de novo CPC esteja sendo marcada por intensos debates. Nas versões do Anteprojeto e do Projeto de Lei do Senado 166/2010, os embargos infringentes haviam sido suprimidos. Todavia, com o objetivo de continuar conferindo maior segurança jurídica aos acórdãos não-unânicos, a Câmara dos Deputados entendeu por bem preservar a possibilidade de rejuízo da causa nos seguintes termos:

Art. 955. Quando o resultado da apelação for, por decisão não unânime, no sentido de reformar sentença de mérito, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, a serem convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

§ 1º. Sendo possível, o prosseguimento do julgamento pode dar-se na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado.

§ 2º. Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.

§ 3º. A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido:

38. Em igual sentido: JORGE, Flavio Cheim. Embargos infringentes: uma visão atual, p. 263.

39. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Introdução à política científica*, p. 185-186.

I – em ação rescisória, quando o resultado for no sentido de rescindir a sentença; neste caso, deve o seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno;

II – agravo de instrumento, quando o resultado for a reforma da decisão interlocutória de mérito.

§ 4º. Não se aplica o disposto neste artigo no julgamento do incidente de assunção de competência e no de resolução de demandas repetitivas.

§ 5º. Também não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento da remessa necessária.

§ 6º. Nos tribunais em que o órgão que proferiu o julgamento não unânime for o plenário ou a corte especial, não se aplica o disposto neste artigo.

É interessante notar que o texto produzido na Câmara dos Deputados endossa as Súmulas 255 (que permite revisão de acórdão não unânime em agravo que versa matéria de mérito) e 390 (uma das mais criticadas da história jurisprudencial brasileira, que não permite embargos infringentes em reexame necessário), ambas do STJ. Porém, a grande surpresa é a abolição da *voluntariedade* dos embargos infringentes e a instituição de um “reexame *oficioso* de acórdão não unânime” (o qual põe fim à possibilidade de revisão *parcial* da matéria objeto de divergência).

De acordo com o Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro, Relator-Geral da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado, e outros, que tratam do Código de Processo Civil:

Houve muitos pedidos de retorno dos embargos infringentes ao projeto – eles haviam sido retirados na versão do Senado.

Os argumentos favoráveis a este recurso são fortes: prestigia-se a justiça da decisão, com a possibilidade de reversão do julgamento, em razão da divergência.

Sucede que a previsão deste recurso traz também alguns problemas: a) há intermináveis discussões sobre o seu cabimento, o que repercute no cabimento do recurso especial ou do recurso extraordinário, que pressupõem o exaurimento das instâncias ordinárias.

Há inúmeras decisões do STJ que se restringem a decidir se os embargos são ou não cabíveis; b) além disso, os embargos somente cabem se o acórdão reformar a sentença ou rescindi-la, o que limita muito o seu cabimento.

Assim, resolvi acolher uma sugestão que, de um lado, garante à parte o direito de fazer prevalecer o voto vencido, com a ampliação do quórum de votação, e, de outro, acelera o processo, eliminando um recurso e discussões quanto ao seu cabimento.

Cria-se uma técnica de julgamento muito simples: sempre que, no julgamento de apelação, agravo ou ação rescisória, houver um voto divergente, o julgamento não se conclui, prosseguindo-se na sessão seguinte, com a convocação de um número de desembargadores que permita a reversão da decisão.

Com isso, simplifica-se o procedimento: não há necessidade de recorrer, não há prazo para contrarrazões nem discussões sobre o cabimento do recurso.

Havendo divergência, simplesmente o processo prossegue, com a ampliação do quórum.

Alcança-se o mesmo propósito que se buscava com os embargos infringentes, de uma maneira mais barata e célere, além de ampliada, pois cabe em qualquer julgamento de apelação (e não em apenas alguns) e também no caso de agravo, sobre o qual silenciava o CPC/1973 em tema de embargos infringentes.<sup>40</sup>

Acerca das judiciosas palavras do Eminentíssimo Parlamentar, duas considerações se fazem oportunas.

Em primeiro lugar, os embargos infringentes não deixam de existir. Em verdade, deixam de ser *voluntários* para que se tornem *necessários* ou *obrigatórios*<sup>41</sup>. Tornam-se “embargos infringentes *ex officio*”, pois. Há anos, a doutrina brasileira repete a idéia de que o traço essencial dos recursos é a voluntariedade e, com base nessa idéia, impugna a natureza recursal dos “recursos *ex officio*”<sup>42</sup>. Nesse sentido, o reexame necessário seria uma *condição de eficácia da sentença*<sup>43</sup>. Sem razão, porém. O termo *recurso* vem do latim *recursus* [= *re* + *cursus* = “correr para trás, ou correr para o lugar de onde veio”]. Ou seja, recurso é refluxo. Daí por que é meio, que atende à política processual de duplo exame ou reexame. Basta isso para que se esteja ante o fenômeno recursal. O elemento provocativo é-lhe meramente *acidental*, não essencial<sup>44</sup>. O que importa é haver *impulso processual* para o reexame (que pode ser dado pelo juiz, pelo tribunal, pela parte ou por terceiro prejudicado). O impulso do juiz não o faz apelante na apelação de ofício, assim como o impulso do relator da apelação não o faz embargante nos embargos infringentes de ofício, divisados no Projeto de CPC. Segundo Pontes de Miranda, “quem recorre, *a*) pratica o ato de provocação do impulso processual e *b*) articula (postula recursalmente) contra a sentença. No recurso de ofício, há *a*), porém não *b*). Há o suscitamento sem a impugnação. Não é tácito, nem silente; é ato, e expressivo, como os outros recursos. Falta-lhe a impugnação; de modo que, na instância superior, a cognição se abre, como se tivesse havido recurso voluntário”<sup>45</sup>. Tudo isso mostra que os embargos infringentes não se extinguem no Código projetado, mas apenas de desvestem do regime voluntarista que sempre os acompanhou.

---

40. <[http://www.anoreg.org.br/images/arquivos/PL\\_6025\\_DE\\_2005\\_Substitutivo\\_CPC\\_versao\\_FINAL\\_16\\_7\\_13\\_13h10.pdf](http://www.anoreg.org.br/images/arquivos/PL_6025_DE_2005_Substitutivo_CPC_versao_FINAL_16_7_13_13h10.pdf)>. Acesso em: 27 set. de 2013.

41. Em tese, poder-se-ia pensar em um *recurso de ofício não necessário*. José Frederico Marques aponta, como exemplos históricos de recurso de ofício *facultativo*, (1) o recurso *ex officio*, pelo presidente de qualquer dos tribunais, das decisões denegatórias de *habeas corpus* (CF/1937, art. 101, parágrafo único), e (2) a apelação *ex officio* que antigamente se dava ao presidente do Tribunal do Júri (*Instituições de direito processual civil*. v. IV, p. 31-32).

42. Assim, p. ex., NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 179-180; SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 1, p. 477-478.

43. Assim, p. ex., DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de processo civil*. v. 3, p. 449. Tratar-se-ia, portanto, de um *quase-recurso* (MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. v. IV, p. 370-371). No entanto, dentre outras falhas, essa posição não explica a execução provisória da sentença concessiva de mandado de segurança.

44. Nesse mesmo sentido: ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, p. 853: “põe-se excessivo destaque no caráter voluntário de todo recurso, olvidando seu eventual regime compulsório”.

45. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. V, p. 217.

Em segundo lugar, não se trata de “*nova* técnica de julgamento”. Em matéria de direito, não se pode jamais desaprender a advertência bíblica: “nada há de novo debaixo do sol” (Eclesiastes 1:9). Para Luiz Carlos de Azevedo e José Rogério Cruz e Tucci, os embargos infringentes tiveram provável origem em Portugal na primeira metade do séc. XVI<sup>46</sup>. Em razão da considerável produção legislativa após as Ordenações Manuelinas, o Cardeal D. Henrique (1557-1568), regente do Reino lusitano durante a menoridade de D. Sebastião (1568-1577), neto de D. João III, incumbiu o licenciado Duarte Nunes do Lião, procurador da Casa de Suplicação, de reunir as normas avulsas. A compilação daí resultante – aprovada pelo Alvará de 14 de fevereiro de 1569 – foi chamada de *Coleção das leis extravagantes de Duarte Nunes do Lião*, embora mais conhecida como “Código Sebastião”. Nele, era previsto que: a) para a confirmação das decisões interlocutórias bastava a concordância de dois desembargadores (“dous conformes”); para a revogação era preciso a presença de três desembargadores (1.5.3); b) nos julgamentos que exigiam a presença de três desembargadores, para confirmar ou revogar a decisão recorrida, não havendo concordância entre eles, um quarto julgador deveria ser convocado (1.5.6 e 7). Como se pode notar, não havia propriamente um *pedido*, mas a convocação *ex officio* de um novo julgador para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial.

## 9. CONCLUSÃO

A história dos embargos infringentes no Brasil está longe de ser linear. Segundo Barbosa Moreira, essa história tem se mostrado bastante sinuosa: ela “oscila entre duas tendências contrapostas, ora ampliando, ora restringindo o campo de atuação do recurso. Não deixa de ter alguma relevância o fato de que, contrariando sugestões doutrinárias, jamais vingou a ideia de pura e simplesmente aboli-lo”<sup>47</sup>. Na realidade, porém, nota-se alguma imprecisão na asserção do mestre fluminense. Afinal, na trajetória dos embargos infringentes, foram surgindo vários *pares* de tendências contrapostas, não um único.

Existe um dado *invariável* na fenomenologia dos embargos infringentes, que faz deles um “resíduo secularmente persistente”: a possibilidade de revisão do acórdão não unânime pelo mesmo corpo que o proferiu [= juízes vencedores + juiz vencido], ou pelo mesmo corpo *acrescido* [= juízes vencedores + juiz vencido + juízes que não tomaram parte no julgamento]. Contudo, ao redor desse núcleo central, foram desenvolvendo-se pares de *variação* ou *oscilação*: voluntariedade × oficiosidade; relevância × irrelevância do valor da causa; relevância × irrelevância do enfrentamento do *meritum*; relevância × irrelevância da reforma da decisão recorrida; ampliação × redução do âmbito de atuação do recurso.

Isso revela que a história dos embargos infringentes não pode conformar-se aos moldes de uma *mudança teleológica*. Afinal, eles não caminham para um *finis ultimus* inerente, um “progresso proposital iluminista”, um “desenvolvimento mais racional”,

46. AZEVEDO, Luiz Carlos de e TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lições de história do processo civil lusitano*, p. 113.

47. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V, p. 518.

ou um *terminus* decadente. Enfim, o passado histórico dos embargos infringentes não passa de uma “continuidade de tensões heterogêneas e divergentes” (Michael Oakeshott)<sup>48</sup>. E novo Código de Processo Civil não rompe essa continuidade. Ao contrário: traz no rosto os traços dela.

## REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Egas Moniz de. *Embargos infringentes*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1974.
- ASSIS, Araken de. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Manual dos recursos*. São Paulo: RT, 2007.
- AZEVEDO, Luiz Carlos de *Introdução à história do direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Origem e introdução da apelação no direito lusitano*. São Paulo: FIEO, 1976.
- AZEVEDO, Luiz Carlos de e RUCCI, José Rogério Cruz e. *Lições de processo civil canônico: história e direito vigente*. São Paulo: RT, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: RT, 2009.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- BORGES, Marcos Afonso. *Embargos infringentes*. Saraiva, 1982.
- BRAGA, Affonso. *Instituições de processo civil no Brasil*. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1941.
- CAETANO, Marcelo. *História do direito português*. v. I. Lisboa, São Paulo: Editorial Verbo, 1981.
- CARVALHO, Fabiano. O princípio da dupla conformidade. *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. Coord.: Araken de Assis et al. São Paulo: RT, 2007.
- CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *História da organização judiciária e do processo civil*. t. I. Rio de Janeiro, São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1970.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- COSTA, Moacyr Lobo da. *Origem dos embargos no direito lusitano*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973.
- CUNHA, Gisele Heloisa. *Embargos infringentes*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.
- DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de processo civil*. v. 3. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. v. 1. 10. ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000.
- FERREIRA, Waldemar Martins. *História do direito brasileiro*. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1951.
- JORGE, Flavio Cheim. Embargos infringentes: uma visão atual. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier et al. São Paulo: RT, 1999.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- MARTINS, Pedro Batista. *Recursos e processos da competência originária dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

---

48. OAKESHOTT, Michael. *Sobre a história e outros ensaios*, p. 188.

- NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.
- OAKESHOTT, Michael. *Sobre a história e outros ensaios*. Trad. Renato Resende. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.
- PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano. *Primeiras linhas sobre o processo civil*. 9. ed. Atualizado por Augusto Teixeira de Freitas. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1907.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. V. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. VII. Rio de Janeiro: Forense, 1975.
- \_\_\_\_\_. *Embargos, prejudgado e revista no direito processual brasileiro*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1937.
- \_\_\_\_\_. *Introdução à política científica*. Rio de Janeiro: Brasil, 1983.
- PRATA, Edson. *História do processo civil e sua proteção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- REZENDE FILHO, Gabriel. *Curso de direito processual civil*. v. III. 7. ed. Atualizada por Benvindo Aires. São Paulo: Saraiva, 1966.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 1. 5. ed. São Paulo: RT, 2000.
- SOARES, Torquato de Sousa. “Cúria Régia”. *Dicionário de história de Portugal*. v. 1 (A-D). dir. Joel Serrão. Lisboa: Iniciativas Editoriais, 1971.

# DA PENHORA E SEUS REFLEXOS NO ÂMBITO EMPRESARIAL À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

EDUARDO GOULART. PIMENTA<sup>1</sup>

## 1. DA PENHORA DAS QUOTAS OU AÇÕES DE SOCIEDADES PERSONIFICADAS

*Art. 877. Penhoradas as quotas ou as ações de sócio em sociedade simples ou empresária, o juiz assinará prazo razoável, não superior a três meses, para que a sociedade:*

*I – apresente balanço especial na forma da lei;*

*II – ofereça as quotas ou ações aos demais sócios, observado direito de preferência legal ou contratual;*

*III – não havendo interesse dos sócios na aquisição das ações, proceda à liquidação das quotas ou das ações, depositando em juízo o valor apurado, em dinheiro.*

*§ 1º Para evitar a liquidação das quotas ou das ações, a sociedade poderá adquiri-las sem redução do capital social e com utilização de reservas, para manutenção em tesouraria.*

*§ 2º O disposto no caput e no § 1º não se aplica à sociedade anônima de capital aberto, cujas ações serão adjudicadas ao exequente ou alienadas em bolsa de valores, conforme o caso.*

*§ 3º Para os fins da liquidação de que trata o caput, o juiz poderá, a requerimento do exequente ou da sociedade, nomear administrador, que deverá submeter à aprovação judicial a forma de liquidação.*

*§ 4º O prazo previsto no caput poderá ser ampliado pelo juiz, se o pagamento das quotas ou das ações liquidadas:*

*I – superar o valor do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal, e sem diminuição do capital social, ou por doação; ou;*

*II – colocar em risco a estabilidade financeira da sociedade simples ou empresária.*

*§ 5º Caso não haja interesse dos demais sócios no exercício de direito de preferência, não ocorra a aquisição das quotas ou ações pela sociedade e a liquidação do inciso III do caput seja excessivamente onerosa para a sociedade, o juiz poderá determinar o leilão judicial das quotas ou ações.*

---

1. Doutor e Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da UFMG. Professor Adjunto de Direito Empresarial na Faculdade de Direito da UFMG e da PUC/MG. Procurador do Estado de Minas Gerais. Advogado e consultor.

O projeto do Código de Processo Civil disciplina expressamente, ao contrário do Código de 1973, questões atinentes à peculiar situação referente à penhora de quotas ou ações de sociedades personificadas.

A penhorabilidade de quotas é, principalmente no que tange às Sociedades Limitadas, tema sobre o qual se tem longa e antiga discussão, dada, em síntese, a necessidade de conciliar a estabilidade das relações intrasocietárias com o direito dos eventuais credores particulares dos sócios<sup>2</sup>.

A penhora de quotas ou ações decorre de dívida contraída pelo sócio e que, uma vez não satisfeita, é objeto de execução. É, saliente-se, decorrente de execução proposta por credor do sócio, não da sociedade por ele integrada. Trata-se de um caso em que o débito contraído pelo sócio recairá sobre a parcela de seu patrimônio representada pelas quotas ou ações.

É, por outro lado, necessário conciliar o presente artigo do projeto de Código de Processo Civil com a regra do Código Civil sobre o assunto. Trata-se do texto do art. 1.026 do Código Civil, que, além de aplicável às Sociedades Simples, também regula, por força do art. 1.053 do mesmo Código, as Sociedades Limitadas.

Do texto do art. 1.026 do Código Civil depreende-se, em primeiro lugar, que a penhora de quotas só pode ocorrer se não houver outros bens penhoráveis no patrimônio do sócio devedor<sup>3</sup>.

Além disso, segundo o citado artigo do Código Civil, a penhora deve recair preferencialmente sobre os lucros que o sócio-executado tenha a receber na sociedade, antes de incidir sobre as quotas propriamente ditas<sup>4</sup>.

Por fim, estabelece ainda o Código Civil que, se a penhora recair sobre as quotas do sócio-executado, a liquidação das mesmas deve se realizar através do normal procedimento de apuração de haveres, disciplinado pelo art. 1.031 daquele Código, devendo ser depositado em dinheiro o valor resultante da liquidação em no máximo 90 dias contados de sua realização.

Não há, a princípio, qualquer incompatibilidade entre o agora analisado artigo do projeto de Código de Processo Civil e o instituto da penhora de quotas disciplinado pelo Código Civil. Há, ao contrário, o preenchimento de alguns pontos do assunto que foram negligenciados pelo legislador de 2002.

O primeiro deles diz respeito à possibilidade da sociedade, enquanto pessoa jurídica autônoma em relação aos sócios, adquirir as próprias quotas penhoradas pelo credor particular do sócio, para mantê-las em tesouraria.

---

2. Sobre o histórico de debates a respeito da penhorabilidade ou não de quotas sociais, confira: LUCENA. José Waldecy. *Das Sociedades Limitadas*. 6a Edição. Ed. Renovar. Rio de Janeiro. 2005. pgs. 366 a 382.

3. Esta restrição normativa é criticada por, entre outros, Alfredo de Assis Gonçalves Neto. Salienta ele que tal limitação onera a posição do credor-exequente, pois está ele obrigado a demonstrar que as quotas do devedor-executado são os únicos bens penhoráveis em seu patrimônio (GONÇALVES NETO. Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. Pg. 231).

4. LUCENA. José Waldecy. *Das Sociedades Limitadas...*ob. cit. pg. 386.

Se a materia não causa dúvida quando se trata da Sociedade Anônima, uma vez que o art. 30 da Lei nº 6.404/76 acolhe expressamente tal possibilidade, o mesmo não se pode dizer das sociedades regidas pelo Código Civil e, mais especificamente, da Sociedade Limitada.

A possibilidade da Sociedade Limitada adquirir as próprias quotas, para mantê-las em tesouraria, divide a doutrina. Os que admitem tal aquisição, a fundamentam no argumento de que o Código Civil não a proíbe expressamente, ao contrário do Dec. Lei nº 3708/17, antigo regulador do tipo societário em análise. Há, porém, importantes posicionamentos em sentido oposto, assim como o texto da Instrução Normativa nº 98 do DNRC <sup>5</sup>.

Com o presente artigo do projeto de Código de Processo Civil parece claro que, a partir dele, fica expressamente autorizada a aquisição, por qualquer sociedade personificada, de suas próprias quotas, para mantê-las em tesouraria, quando as mesmas tenham sido penhoradas no curso do processo de execução contra sócio.

Outra questão de relevo que se apresenta no ora comentado artigo do projeto de Código de Processo Civil diz respeito ao obrigatório direito de preferência, garantido aos demais sócios, quando da penhora das quotas de um deles em processo de execução.

Nos casos de cessão voluntária de quotas a questão é disciplinada pelo art. 1.057 do Código Civil, que estipula não um obrigatório direito de preferência para os demais sócios, mas o direito de oposição ao nome do novo integrante, por minoria qualificada de 20% (vinte por cento) ou mais do capital social.

Diferente é o caso da penhora de quotas, situação na qual o sócio é retirado da titularidade das mesmas não por ato voluntário, mas por constricção judicial. Medida extrema por excelência, a liquidação da quota do sócio executado deve passar obrigatoriamente pela anterior oferta aos demais sócios, de forma a tentar satisfazer o direito do credor com o mínimo de abalo na estrutura e no funcionamento da sociedade.

Neste sentido causa estranheza e preocupação a previsão contida no parágrafo 5º do presente artigo do projeto de Código de Processo Civil. Segundo ele, em caso de não aquisição, pelos demais sócios ou pela sociedade, das quotas penhoradas, e revelando-se excessivamente gravosa para o patrimônio da pessoa jurídica a liquidação das mesmas, devem as mesmas ser judicialmente leiloadas.

A liquidação das quotas penhoradas é, sem dúvida, gravosa para a sociedade, mas sempre parece alternativa melhor em relação à sempre combatida possibilidade da entrada de um sócio na sociedade contra a vontade dos remanescentes. É também necessário conciliar tal previsão com o direito de oposição previsto pelo já lembrado art. 1.057 do Código Civil.

---

5. TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. Vol. I. Ed. Atlas. São Paulo. Pg. 356.

De qualquer modo, parece também difícil acreditar que tais quotas penhoradas terão alguma liquidez em caso de venda judicial, especialmente após passarem pela recusa dos sócios remanescentes e demonstrada a fragilidade patrimonial da pessoa jurídica, então incapaz de suportar a liquidação.

Outro ponto deixado em aberto pelo Código Civil e preenchido pelo projeto de Código de Processo Civil refere-se à forma a ser adotada para a liquidação das quotas penhoradas. Na solução do projeto as partes – leia-se exequente e executado – poderão acordar sobre a forma de liquidação, cabendo ao juiz suprir esta eventual omissão ou desacordo.

Ressalte-se que devem ser também convocados a tomar parte nesta decisão sobre a forma de liquidação os sócios remanescentes, tendo em vista que o procedimento recai diretamente sobre seus legítimos interesse na pessoa jurídica.

## 2. DA PENHORA DE EMPRESA, DE OUTROS ESTABELECIMENTOS E DE SEMOVENTES

*Art. 878. Quando a penhora recair em estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em semoventes, plantações ou edifícios em construção, o juiz nomeará um administrador-depositário, determinando-lhe que apresente em dez dias o plano de administração.*

*§ 1º Ouvidas as partes, o juiz decidirá.*

*§ 2º É lícito, porém, às partes ajustar a forma de administração, escolhendo o depositário; caso em que o juiz homologará por despacho a indicação.*

*§ 3º Em relação aos edifícios em construção sob regime de incorporação imobiliária, a penhora somente poderá recair sobre as unidades imobiliárias ainda não comercializadas pelo incorporador.*

*§ 4º Sendo necessário afastar o incorporador da administração da incorporação, será ela exercida pela comissão de representantes dos adquirentes ou, se se tratar de construção financiada, por empresa ou profissional indicado pela instituição fornecedora dos recursos para a obra. Neste último caso, a comissão de representantes dos adquirentes deve ser ouvida.*

*Art. 879. A penhora de empresa que funcione mediante concessão ou autorização se fará, conforme o valor do crédito, sobre a renda, sobre determinados bens ou sobre todo o patrimônio, nomeando o juiz como depositário, de preferência, um dos seus diretores.*

*§ 1º Quando a penhora recair sobre a renda ou sobre determinados bens, o administrador-depositário apresentará a forma de administração e o esquema de pagamento, observando-se, quanto ao mais, o disposto quanto ao regime de penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel e imóvel.*

*§ 2º Recaindo a penhora sobre todo o patrimônio, prosseguirá a execução nos seus ulteriores termos, ouvindo-se, antes da arrematação ou da adjudicação, o ente público que houver outorgado a concessão.*

*Art. 880. A penhora de navio ou aeronave não obsta a que estes continuem navegando ou operando até a alienação, mas o juiz, ao conceder a autorização para tanto, não permitirá que saiam do porto ou aeroporto antes que o executado faça o seguro usual contra riscos.*

*Art. 881. A penhora de que trata esta Subseção somente será determinada se não houver outro meio eficaz para a efetivação do crédito.*

Os presentes artigos do projeto de Código de Processo Civil são praticamente uma reprodução dos textos dos artigos 667 a 669 do Código de 1973. Assim, sobre a penhora de estabelecimento, não há incompatibilidade com o estabelecido no Código Civil, que, em seu art. 1.143 enuncia: *“pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza.”*

Trata-se de norma consagradora do entendimento doutrinário de que o estabelecimento empresarial deve receber proteção jurídica específica, paralela à consagrada pelo ordenamento a cada um dos bens móveis, imóveis ou imateriais que o componham.

Assim, ao lado das normas que protegem o direito de propriedade e uso de bens moveis, imóveis e incorpóreos o direito positivo brasileiro passa a proteger expressamente também a universalidade em que se constitui o estabelecimento, ao qual, além dos bens que individualmente o compõem, o empresário acresce um outro elemento, representado pela organização que é dada a estes bens para o exercício da empresa.

É porque o empresário emprega sua criatividade, esforço e tempo na aquisição e organização dos bens que integrarão seu estabelecimento que o direito positivo se preocupa em discipliná-lo expressamente, conferindo-lhe proteção paralela (e mais benéfica) àquela constituída pelas normas comuns.

Deste modo, os elementos constitutivos desta universalidade (sejam móveis, imóveis ou imateriais) podem ser reivindicados ou transferidos em separado ou em conjunto, quando então opera-se o chamado *trespasse* (ou *transpasse*), que nada mais é do que o nome comumente dado à alienação de um estabelecimento.

Da redação deste artigo do projeto de Código de Processo Civil restam, como salientado, poucas – mas relevantes – inovações a serem abordadas.

A primeira delas refere-se à subsidiariedade destas formas de satisfação do crédito do exequente, que agora somente pode valer-se delas na falta de outro meio eficaz para assegurar seu direito. Procura-se, assim, preservar a universalidade patrimonial representada pelo estabelecimento.

Outra relevante inovação diz respeito à penhora de edifícios em construção, por débitos contraídos pelo incorporador da obra. Dita penhora só poderá recair sobre as unidades ainda não comercializadas, o que certamente traz mais segurança aos futuros adquirentes de imóveis em regime de financiamento.

### **3. DA PENHORA DE PERCENTUAL DE FATURAMENTO DE EMPRESA**

*Art. 882. Se o executado não tiver outros bens penhoráveis ou se, tendo-os, estes forem de difícil alienação ou insuficientes para saldar o crédito executado, o juiz poderá ordenar a penhora de percentual de faturamento de empresa.*

*§ 1º O juiz fixará percentual que propicie a satisfação do crédito exequendo em tempo razoável, mas que não torne inviável o exercício da atividade empresarial.*

*§ 2º O juiz nomeará administrador-depositário, que submeterá à aprovação judicial a forma de sua atuação e prestará contas mensalmente, entregando em juízo as quantias recebidas, com os respectivos balancetes mensais, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida.*

*§ 3º Na penhora de percentual de faturamento de empresa, observar-se-á, no que couber, o disposto quanto ao regime de penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel e imóvel.*

Ao contrário do que se verifica no Código de 1973, o projeto de Código de Processo Civil disciplina expressamente a possibilidade de penhora de percentual de faturamento de sociedade empresária ou empresário individual<sup>6</sup>. Trata-se de prática já comum nos tribunais, especialmente em se tratando de débitos de natureza trabalhista.

Muito difícil é a conciliação entre a possibilidade da penhora de faturamento e a preservação da saúde financeira da sociedade empresária ou do empresário individual, de forma a permitir-lhes a continuação da atividade empresarial e o regular pagamento de seus outros débitos.

Esta tentativa de conciliação vem em previsões como a necessidade de esgotamento de outras formas de satisfação do crédito antes de realizar-se a penhora de faturamento e com a exigência de que o juiz fixe percentual que não inviabilize o exercício futuro da empresa e o pagamento de outros compromissos.

Se devidamente observados, estes serão importantíssimos elementos balizadores desta modalidade de satisfação de crédito, evitando assim a penhora de faturamento em percentuais muitas vezes inconciliáveis com a realização dos demais pagamentos.

Por outro lado, se relativizados tais requisitos corre-se o risco de estabelecer-se preferência ilegal de alguns credores sobre outros, na medida que o exequente que penhora o faturamento preferirá àqueles credores que, embora de mesma natureza, não tenham ainda efetivado tal medida.

Tal hipótese torna-se ainda mais relevante se contraposta à estrutura da Lei nº 11.101/05, que procura sempre garantir a credores de mesma natureza o mesmo tratamento.

---

6. O termo “empresa” está incorretamente empregado, uma vez que conflitante com o significado que lhe dá o Código Civil (artigos 966 e 1.142).

# ARGUIÇÃO DE CONVENÇÃO ARBITRAL NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (EXCEÇÃO DE ARBITRAGEM)

EDUARDO TALAMINI<sup>1</sup>

## 1. CONVENÇÃO ARBITRAL: NOÇÃO, ESPÉCIES E EFEITOS

A convenção arbitral é o pacto pelo qual as partes ajustam que pretensões derivadas de conflitos entre elas, atuais ou futuros, serão resolvidas por meio de arbitragem (Lei 9.307/1996, art. 3º; Convenção de Nova York [promulgada pelo Dec. 4.311/2002], art. II, 2). Divide-se em duas modalidades, compromisso arbitral e cláusula compromissória (também dita cláusula arbitral).

O compromisso arbitral é a convenção pela qual as partes submetem à arbitragem a resolução de um conflito já existente entre elas (Lei 9.307, art. 9º; C. Civ., art. 851) – e, bem por isso, em princípio já contém todos os elementos necessários para a instauração do tribunal arbitral e desenvolvimento da arbitragem.

Cláusula arbitral ou compromissória é a convenção, inserida em um contrato com objeto mais amplo, pela qual as partes comprometem-se a submeter futuros litígios derivados desse contrato à arbitragem (Lei 9.307, art. 4º; C. Civ., art. 853). A cláusula compromissória pode ser cheia ou vazia. Cheia é aquela que já estabelece regras suficientes para a instauração e desenvolvimento da futura arbitragem – seja pela direta estipulação de tais normas, seja pela remissão a regras de alguma instituição arbitral (Lei 9.307, art. 5º) – , de modo a dispensar um futuro compromisso arbitral (Lei 9.307, art. 6º, *a contrario sensu*). Vazia é a cláusula que veicula a intenção das partes de submeter seus futuros conflitos à arbitragem, mas não contém ainda todos os elementos necessários para tanto, tais como modo de escolha dos árbitros e o procedimento arbitral (Lei 9.307, art. 6º).

Na hipótese da cláusula vazia, não será possível a direta instauração de arbitragem. Qualquer das partes terá o direito de exigir da outra que respeite a obrigação de submeter os conflitos à arbitragem, celebrando-se para tanto um compromisso arbitral. Havendo recusa de uma das partes a tanto, a outra poderá ir ao Judiciário, para que esse emita sentença substitutiva do compromisso (Lei 9.307, art. 7º). Pode-se chamar de *efeito positivo brando* essa consequência extraível da cláusula compromissória vazia.

---

1. Livre-docente em direito processual (USP). Professor de processo civil e arbitragem (UFPR). Advogado.

Já a cláusula cheia e o compromisso arbitral revestem-se de uma *eficácia positiva plena*. Uma vez que tais convenções já contêm todos os elementos necessários para o implemento e a tramitação da arbitragem, o processo arbitral poderá ser diretamente instaurado e desenvolvido de acordo com tais regras, ainda que uma das partes se recuse a iniciá-lo ou dele participar (Lei 9.307, arts. 5º e 6º, *a contrario sensu*).

Mas toda a convenção arbitral – mesmo aquela que não permita diretamente a instauração da arbitragem – possui também uma *eficácia negativa*: obsta o julgamento de mérito, pelo Poder Judiciário, dos conflitos abrangidos em seu objeto (CPC, arts. 267, VII, e 301, IX e § 4º).

## 2. A ARGUIÇÃO DE CONVENÇÃO ARBITRAL NO ORDENAMENTO ATUAL

### 2.1. A diretriz tradicionalmente consagrada

Na tradição jurídica luso-brasileira – e em consonância com outros ordenamentos (v. adiante) –, a convenção arbitral precisaria ser invocada pelo interessado (em regra, o réu), perante o juiz estatal, para que produzisse seu efeito negativo.

Em sua redação original, o Código de Processo Civil de 1973 previa explicitamente como convenção arbitral apenas a figura do compromisso (arts. 1.072 a 1.077). O Código Civil de 1916 – a exemplo do atual – também se referia apenas ao compromisso de arbitragem (C. Civ./1916, art. 1.037 e seguintes; C. Civil/2002, art. 852 e seguintes).

O art. 301, VIII (renumerado para IX, ainda em 1973, pela Lei 5.925), indicava o “compromisso arbitral” como uma das matérias processuais que o réu teria o ônus de alegar em sua defesa. E o § 4º do art. 301 estabelecia – como ainda estabelece – que a existência do compromisso arbitral não poderia ser conhecida de ofício pelo juiz. Nesse contexto, tal dispositivo tomava em conta a única modalidade de convenção arbitral então expressamente albergada no ordenamento. Para que a operasse seu efeito negativo, a convenção arbitral precisaria sempre ser arguida pela parte interessada.

Era também essa a diretriz consagrada na vigência do Código de Processo Civil anterior e mesmo antes. A despeito de faltar previsão explícita, a doutrina concluía pela necessidade de arguição. Como escrevia J. M. de Carvalho Santos: “À parte cabe, desde que tenha interesse, provar o compromisso assinado e uma vez provado o fato deverá o juiz decidir não lhe ser possível sentenciar a controvérsia, sobre a qual as partes já acordaram. Entretanto, se nenhuma das partes alega a existência da transação, não se pode pretender anular a sentença sob o fundamento da falta de competência. Realmente, é preciso não esquecer que o compromisso não resguarda senão os interesses privados dos litigantes e, que por isso mesmo, lhes é lícito renunciá-lo já expressa, já tacitamente”.<sup>2</sup>

2. *Código Civil brasileiro interpretado*, 10ª ed., v. XIV, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1982 (reimp.), p. 29-30. Ainda que em termos menos enfáticos, essa também era a orientação de Pontes de Miranda, que aludia a uma

## 2.2. A Lei 9.307/1996 e a tese de que a existência de cláusula arbitral seria conhecida de ofício pelo Judiciário

Como indicado, a Lei 9.307/1996 expressamente previu, ao lado do compromisso de arbitragem, a cláusula arbitral (ou compromissória) como modalidade de convenção de arbitragem.

Por isso, a Lei 9.307 alterou a redação do inciso IX do art. 301 do CPC. O dispositivo passou a se referir a “convenção de arbitragem”, em lugar de “compromisso arbitral”, como uma das matérias que ao réu compete alegar preliminarmente em sua contestação.

Mas o § 4º do mesmo art. 301 não foi alterado. Continuou prevendo que, “com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo”.

Como “convenção de arbitragem” abrange tanto o compromisso arbitral quanto a cláusula compromissória, a consideração literal e isolada desse dispositivo conduz à ideia de que a cláusula arbitral é questão de que deva o Judiciário conhecer de ofício – ao passo que o compromisso arbitral depende de oportuna arguição.

Esse é, por exemplo, a opinião de Carlos Alberto Carmona. Ele sustenta a cognoscibilidade *ex officio* da cláusula compromissória. Para Carmona, a razão do suposto regime diferenciado residiria em que “quis o legislador fortalecer a cláusula compromissória, por reconhecer que essa modalidade de pacto arbitral provavelmente acabará suplantando o compromisso como fórmula introdutória do juízo arbitral”.<sup>3</sup>

Essa orientação já encontrou algum eco no Poder Judiciário, ainda que sem remissão expressa a tal fonte doutrinária e em caso revestido de significativas particularidades.<sup>4</sup>

## 2.3. Necessidade de arguição pelo interessado, em qualquer hipótese

Em que pese o brilho de seus defensores, diversos fundamentos desautorizam essa tese.<sup>5</sup>

---

*exceptio ex compromisso* que precisaria ser “oposta” no juízo estatal (*Tratado de direito privado*, 3ª ed., t. 26, São Paulo, RT, 1984 [2ª reimpr.], p. 331).

3. *Arbitragem e processo*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 485-485. No mesmo sentido, PEDRO BAPTISTA MARTINS, *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*, Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 418; ANTONIO CARLOS MARCATO, *Código de processo civil interpretado* (org. A. C. Marcato), São Paulo, Atlas, 2004, p. 937; EDUARDO DE ALBUQUERQUE PARENTE, comentário a acórdãos em *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 32, 2011, p. 76 e 79.
4. TJRJ, Ap. Civ. 25.140/2007, 16ª Câmara Cível, v.u., rel. Des. RONALD VALLADARES, j. 18.09.2007. Como dito, o caso era peculiar. Tramitava na Suíça arbitragem fundada na mesma convenção arbitral. Em certo sentido, o acórdão reputou que esse fato seria também indicativo da ausência de renúncia tácita à convenção. A tramitação da arbitragem no exterior não induzia litispendência (CPC, art. 90 – v. adiante).
5. Tratei do tema anteriormente em *Curso avançado de processo civil* (em coop. L. R. WAMBIER), 13ª ed., v. 1, São Paulo, RT, 2013, p. 224-226 (reiterando o exposto nas edições anteriores); *Direito processual concretizado*, Belo Horizonte, Fórum, 2010, p. 344-348.

### ***2.3.1 Ausência de motivo razoável para a diferenciação entre compromisso e cláusula arbitral quanto ao aspecto em exame: interpretação conforme à Constituição***

Não faria sentido nenhuma distinção, na hipótese, entre cláusula compromissória e compromisso arbitral. Ambos retratam uma livre escolha dos jurisdicionados pela arbitragem. Ambos, portanto, são passíveis de resilição.

A mesma livre vontade que ampara a celebração de qualquer dos dois é senhora do seu posterior exercício ou de sua não utilização – *em qualquer dos dois casos*. A força vinculante da convenção arbitral põe-se apenas enquanto alguma das partes pactuantes deseje-a ainda fazer valer. Se nenhuma das partes mais o quer, a pactuação perde sua eficácia.

É uma decorrência necessária dessa diretriz a regra processual que qualifica a existência de convenção arbitral como impedimento ao processo judiciário a ser alegado pela parte interessada – e não uma questão de ordem pública cognoscível *ex officio*.

Quando a lei condiciona o conhecimento da convenção arbitral – em qualquer de suas duas modalidades – à alegação do interessado, está reconhecendo que, assim como as partes foram livres para eleger a arbitragem, livres são para dela desistir. Afinal, a parte que vai ao Judiciário em vez de fazer valer a convenção arbitral inequivocamente está manifestando sua vontade nesse sentido. Se a parte adversária, ao contestar, não alega haver pactuação arbitral, está também exteriorizando sua intenção de manter a disputa perante o Judiciário.

Se fosse dado ao juiz conhecer a questão de ofício, isso significaria que, mesmo com as partes não desejando mais a arbitragem, seriam forçadas a se submeter a ela, pelo tão-só fato de que, no passado, manifestaram a intenção de adotá-la. Vale dizer: nessa hipótese – descartada – a convenção arbitral seria irrevogável pelo comum acordo entre as partes. Ainda, em outra perspectiva: se fosse assim, ao Judiciário seria dado o poder de recusar a tutela jurisdicional, a despeito de nenhuma das partes mais desejar a via arbitral. Então, a cognoscibilidade de ofício da convenção arbitral, *em qualquer de suas duas modalidades*, implicaria afronta ao direito fundamental de liberdade e à autonomia da vontade (CF, art. 3º, I, e 5º, II), de um lado, e à inafastabilidade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV), de outro.

Insista-se: não há o que justifique a distinção entre compromisso arbitral e cláusula compromissória quanto a esse ponto. Os princípios subjacentes à hipótese, ora destacados, são os mesmos em um caso e outro. Impõem, como única solução constitucionalmente legítima, a necessidade de alegação pela parte ré.

### ***2.3.2 A diretriz de equiparação de efeitos da cláusula e do compromisso arbitrais***

Tal conclusão é ainda reforçada pela diretriz declaradamente assumida pela legislação brasileira no sentido de equiparar os efeitos da cláusula compromissória aos do compromisso arbitral (Lei 9.307/1996, art. 6º).<sup>6</sup>

6. Confira-se a Exposição de Motivos da Lei 9.307, firmada pelo autor do projeto da lei, Senador Marco Maciel (publicada na *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 9, 2006, p. 319).

### ***2.3.3 O paradoxo da (pretensa) atribuição de maior eficácia à cláusula do que ao compromisso arbitral***

De resto, a diferenciação nos termos sugeridos pela exegese meramente literal do art. 301 do CPC implicaria uma situação paradoxal.

É indiscutível que o compromisso arbitral representa uma convenção ainda mais sólida e firme do que a mera cláusula compromissória. Como visto, enquanto aquele desde logo é suficiente para o início da arbitragem, essa, em dadas circunstâncias, é inapta a por si só instaurar o juízo arbitral (cláusula vazia).

Então, por que precisamente a modalidade convencional revestida de menor solidez é que seria cognoscível de ofício? Por que precisamente ela implicaria uma situação irrevogável para as partes – se nem mesmo o próprio compromisso implica tal irrevogabilidade, conforme se extrai da própria letra do 4º do art. 301 do CPC?

Uma interpretação que conduz a resultados despropositados jamais pode ser prestigiada. Assim, também por isso, cabe reconhecer que ambas as modalidades de convenção arbitral submetem-se ao mesmo regime, no que tange à sua resilição por força da não-alegação no processo judiciário.

### ***2.3.4 A regra do art. 267, VII c/c § 3º***

Ademais, a conjugação do inc. VII do art. 267 com o § 3º do mesmo artigo fornece mais uma confirmação desse entendimento.

O § 3º do art. 267 indica fundamentos de “extinção do processo sem julgamento de mérito” que devem ser conhecidos de ofício pelo juiz. Alude aos incisos IV, V e VI do art. 267 – os dois primeiros referem-se a pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo; o inc. VI, às condições da ação. Mas o referido § 3º não inclui a “convenção de arbitragem”, hipótese do inc. VII do art. 267, entre os fundamentos cognoscíveis de ofício.

### ***2.3.5 A Convenção de Nova York***

Não bastasse isso, a Convenção de Nova York é explícita na indicação de necessidade de arguição da convenção de arbitragem pela parte interessada, no processo judicial. Nos termos do seu art. II, nº 3: “O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável”.

A Convenção de Nova York foi ratificada pelo Brasil (Decreto 4.311/2002) e integra, portanto, o ordenamento jurídico brasileiro. Ela tem por objeto nuclear o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Mas a regra em questão, como outras contidas na Convenção, tem finalidade e alcance que não são limitáveis às arbitragens cuja sentença final precise ser homologada pela jurisdição de outro país. Mesmo porque essa é uma necessidade que muitas vezes não tem como ser aferida senão no momento se dar efeitos à sentença arbitral. Trata-se, portanto, de regra aplicável à generalidade das convenções arbitrais.

### 2.3.6 O direito comparado

De resto, a necessidade de arguição da convenção arbitral – seja ela compromisso ou cláusula compromissória – é aspecto invariavelmente presente nos ordenamentos estrangeiros (*v.g.*, Portugal, art. 5º da Lei 63/2011; Espanha, art. 11 da Lei 60/2003; Alemanha, art. 1.032, nº 1, da ZPO, nos termos da Lei de Arbitragem de 1998; França, CPC, art. 1.448, 2, etc.). É também o que prevê, no seu art. 8º, nº 1, a Lei-Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Comércio Internacional (UNCITRAL) sobre a Arbitragem Comercial Internacional.

Não há porque supor que entre nós seria diferente.

### 2.3.7 Resilição tácita, quando não houver arguição

Em suma, a convenção arbitral, seja ela cláusula compromissória ou compromisso, precisa sempre ter sua existência arguida pela parte interessada, para que impeça o prosseguimento do processo judicial.<sup>7</sup>

Em uma demanda judiciária de conhecimento que verse sobre objeto abrangido por convenção arbitral, a falta de oportuna alegação de existência da convenção arbitral pelo réu implica a extinção da eficácia negativa da cláusula ou compromisso de arbitragem (ainda que dentro de específicos limites objetivos e subjetivos). A convenção, ainda que limitadamente, estará resiliada de modo tácito pelas partes – assumindo o juiz estatal a plena jurisdição para conhecer daquele litígio e ficando afastada a caracterização de qualquer defeito no processo judicial.

A hipótese não é propriamente de renúncia, mas *resilição*: extinção (ainda que limitada) da convenção por manifestação de vontade (ainda que tácita) de ambos os polos do negócio jurídico arbitral.<sup>8</sup>

Note-se que a consequência ora destacada incide em sua plenitude apenas em relação às ações cognitivas. As ações de execução e de tutela de urgência submetem-se parcialmente a outros parâmetros, que não cabe agora examinar (ver, respectivamente, STJ, REsp 944.917 e STJ, REsp 1.297.974).

7. Vasta doutrina tem apontado a necessidade de arguição também da cláusula compromissória: ARRUDA ALVIM, *Manual de direito processual civil*, v. 2, 9ª ed., São Paulo, RT, 2005, p. 324; CALMON DE PASSOS, *Comentários* v. III, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 273; JOEL DIAS FIGUEIRA JR., *Arbitragem, jurisdição e execução*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1999, p. 194; ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Arbitragem: Lei nº 9.307/96*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 41-42; LEONARDO GRECO, “Os atos de disposição processual: primeiras reflexões”, em *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem a Teresa Arruda Alvim Wambier* (coord. José Miguel Garcia Medina e outros), São Paulo, RT, 2008, p. 298; CASSIO SCARPINELLA BUENO, *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 2, t. I, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 147; J. A. FICHTNER e A. L. MONTEIRO, *Temas de arbitragem: primeira série*, Rio de Janeiro, Renovar, 2010, p. 35 e seguintes; L. FERNANDO GUERRERO, *Convenção de arbitragem e processo arbitral*, São Paulo, Atlas, 2009, p. 128; FRANCISO CAHALI, *Curso de arbitragem*, São Paulo, RT, 2011, p. 129; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Arbitragem na teoria geral do processo*, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 92-93, entre outros. Na jurisprudência: TJRJ, Ap. Civ. 0000356-96.2010.8.19.0209, 6ª Câmara, v.u., rel. Des. Sebastião Bolelli, j. 11.05.2011; TJPR, 15ª Câmara, Cível, v.u., rel. Des. H. L. Swain Fº., j. 30.03.2011.

8. Veja-se a respeito TALAMINI, *Direito processual concretizado*, cit., p. 348-350.

### 3. IMPEDIMENTO E NÃO PRESSUPOSTO PROCESSUAL; EXCEÇÃO E NÃO OBJEÇÃO: DECORRÊNCIAS

Uma vez que depende de alegação da parte para ser conhecida, a existência de convenção arbitral constitui uma *exceção processual*. Exceções são as defesas que não podem ser conhecidas de ofício. Contrapõem-se às objeções, que são defesas cognoscíveis *ex officio*. No tocante à objeção, “o réu tem o ônus relativo de alegá-la”; quanto à exceção, “o ônus é absoluto”.<sup>9</sup>

A exceção não apenas precisa ser arguida, como tem momento oportuno para sê-lo. O réu tem o ônus de arguir a existência de convenção de arbitragem na contestação, como defesa preliminar ao mérito (CPC, art. 301). Se não o faz, ocorre no plano do processo a preclusão temporal (CPC, art. 183). A repercussão externa, já se viu, é a resilição tácita da convenção.

Desse modo, não se pode dizer que a convenção arbitral constitua um pressuposto processual negativo – tal como o são a coisa julgada e a litispendência. O fato de haver convenção arbitral não é por si só fator de invalidade da relação processual judicial. A convenção de arbitragem apenas repercute sobre a validade do processo judicial se e quando for arguida pela parte interessada.

Os pressupostos processuais caracterizam-se precisamente por sua carência constituir de modo autônomo e direto um obstáculo externo à validade da relação processual. Por isso, são cognoscíveis de ofício (CPC, art. 267, § 3º).

A convenção de arbitragem apenas obstará a prosseguimento válido do processo judicial se e quando for oportunamente suscitada. Portanto, ela funciona como um *impedimento processual*. Tal categoria é identificada pela doutrina alemã, que a diferencia da dos pressupostos processuais. Como escreveu Friedrich Lent, “ao lado dos pressupostos processuais, cuja falta deve ser conhecida de ofício, existem outros cuja falta – ainda que conduzindo sempre à extinção do processo – pode ser conhecida apenas por iniciativa do réu. Fala-se, a propósito, de *impedimentos processuais (Prozesshindernisse)*”.<sup>10</sup> Mas essa categoria normalmente não é considerada pela doutrina brasileira.<sup>11</sup>

Em seguida, Lent observava que, entre os exemplos de impedimento processual, “o único importante do ponto de vista prático é aquele derivado do contrato de compromisso”.<sup>12</sup> A menção apenas ao compromisso não significava que ele pretendesse

9. CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, 17ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001, p. 274.

10. *Diritto processuale civile tedesco: parte prima* (trad. E. Ricci, da 9ª ed. Alemã), Nápoles, Morano, 1962, p. 133. Essa noção é repetida por Othmar Jauernig, na atualização e ampliação que faz da obra de Lent (*Direito processual civil* [trad. F. Silveira Ramos, da 25ª ed.], Coimbra, Almedina, 2002, p. 187). Na mesma linha é a lição de Stefan Leible (*Proceso civil alemán*, Medelim, Bib. Jur. Diké / Konrad Adenauer Stiftung, 1999, p. 161-162).

11. Há notáveis exceções: FREDERICO MARQUES, *Manual de direito processual civil*, 5ª ed., v. II, São Paulo, Saraiva, 1980, p. 130-131; CALMON DE PASSOS, *Comentários...*, cit., p. 277-278.

12. *Diritto processuale...*, cit., p. 133. Jauernig, na atualização, indica ser o único exemplo ora vigente (*Direito processual...*, cit., p. 187). Leible também cita a convenção arbitral como exemplo de impedimento (*Proceso civil...*, cit., p. 161).

qualificar a cláusula compromissória como pressuposto processual. Decorria meramente do fato de que o direito alemão de então, a exemplo do anterior direito brasileiro, valia-se apenas dessa denominação para indicar genericamente a convenção arbitral, em qualquer de suas modalidades.

A invalidade acarretada pela falta do pressuposto processual constitui defeito que pode ser conhecido a todo tempo no processo. Mais do que isso, nem mesmo o trânsito em julgado da sentença de mérito sepulta definitivamente esse vício. Poderá ainda caber ação rescisória, desde que observados os requisitos dessa via impugnativa.

Já o fato cuja alegação é apta a constituir impedimento processual só assume relevância para o processo (e para afetar sua validade) na medida em que oportunamente alegado. A potencialidade do defeito é dizimada sem a oportuna alegação. Há assim uma convalidação propriamente dita.<sup>13</sup>

Desse modo, se a existência da convenção arbitral não foi suscitada, ela jamais poderá constituir depois fundamento para a desconstituição do resultado de mérito do processo judicial. Para que a questão possa ser invocada como motivo para a rescisão dessa sentença, será imprescindível, além dos pressupostos específicos da ação rescisória, que a parte interessada tenha arguido o defeito e ele mesmo assim tenha sido desconsiderado.

#### **4. O PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A NECESSIDADE DE ARGUIÇÃO DA CONVENÇÃO**

Na proposta de novo CPC que tramita no Congresso Nacional, elimina-se qualquer dúvida quanto à necessidade de arguição da convenção de arbitragem, em qualquer de suas modalidades.

O art. 327, § 4º, do Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, na versão do substitutivo encaminhado à Câmara dos Deputados, de modo preciso, já aludia à “convenção arbitral”, ao indicar as matérias de defesa que não podem ser conhecidas de ofício pelo juiz. Idêntica redação havia sido adotada na versão original do projeto (art. 338, § 4º). A necessidade de arguição dessa matéria pelo interessado era confirmada pela regra do art. 472, § 3º (art. 467, § 3º, na versão original do projeto) – de teor similar ao atual art. 267, § 3º.

No substitutivo do projeto elaborado na Câmara, a arguição da existência da convenção arbitral passa a ter regramento específico e detalhado (arts. 345 a 350), e fica clara a inviabilidade de conhecimento *ex officio* de tal defesa pelo juiz.

Nos termos do art. 349 do projeto na Câmara: “A existência de convenção de arbitragem não pode ser conhecida de ofício pelo órgão jurisdicional”. O art. 350, por sua vez, veicula a seguinte disposição: “A ausência de alegação da existência de convenção

13. TALAMINI, “Nota sobre a teoria das nulidades no processo civil”, em *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 29, 2005, p. 46.

de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral”.<sup>14</sup>

Além disso, o art. 495, § 3º, não inclui a convenção arbitral entre os fundamentos de extinção do processo sem resolução do mérito que podem ser conhecidos de ofício.

## 5. O ESTABELECIMENTO DE VIA ESPECÍFICA DE ARGUIÇÃO: EXCEÇÃO DE CONVENÇÃO

Por outro lado, o substitutivo da Câmara veicula inovação relevante. Institui-se uma via formal específica para a alegação dessa defesa.<sup>15</sup>

A existência de convenção deixa de ser defesa a apresentar-se preliminarmente na peça de contestação, como ora ocorre. Passa a ter de ser arguida em peça própria, e sua interposição é apta a impedir o início do curso ou a interromper o prazo da contestação.

Assim, a alegação de convenção torna-se uma *exceção* no sentido estritamente procedimental em que a expressão é adotada no atual Código.<sup>16</sup> Vale dizer: uma hipótese de defesa que não apenas tem via própria de arguição como ainda interfere sobre todo o procedimento, sustando o andamento do processo enquanto não resolvida em primeiro grau. Contudo, tal terminologia não é adotada no projeto. Fala-se em “alegação de convenção de arbitragem”.

A mudança proposta reflete a relevância que a arbitragem assumiu no atual cenário de composição de litígios. E ela é ainda mais marcante quando se considera que, no projeto, as modalidades procedimentais de exceção hoje existentes têm seu regime alterado, de modo a eliminar-se sua arguição autônoma ou a limitar-se sua força suspensiva. A incompetência relativa, em regra, passa a ser arguida na contestação (arts. 64 e 338, II). A arguição de impedimento ou de suspeição não tem mais efeito suspensivo automático (art. 146, § 2º).<sup>17</sup>

Mais do que isso, busca-se impedir que o exame da questão seja postergado para a sentença final. A rigor, todas as questões preliminares devem ser decididas logo depois da fase postulatória, no saneamento do processo judicial (CPC/1973, art. 329 c/c art. 331). Apenas se justifica “deixar a preliminar para o final” – expressão que por si só denuncia a normal falta de razoabilidade da hipótese – quando há a necessidade de dilação probatória. Esse não é jamais o caso da existência de convenção de arbitragem. Descabe, no processo judicial em que a convenção é arguida como defesa preliminar,

14. Substitutivo apresentado pela comissão especial destinada a proferir parecer aos Projetos de Lei n.º 6.025, de 2005, n.º 8.046, de 2010, ambos do Senado, e outros que tratam do CPC.

15. Os dispositivos a seguir citados referem-se todos ao substitutivo do projeto na Câmara, salvo indicação em contrário.

16. Como afirmava José Frederico Marques, a respeito do atual Código: “Exceção instrumental é o procedimento para o processo e julgamento da arguição de incompetência relativa, da suspeição e do impedimento do juiz. (...) Arguir tais fatos por meio de exceção constitui direito processual subjetivo das partes...” (*Manual...*, v. II, cit., p. 83).

17. Muito embora a redação do art. 314, III, isoladamente considerada, sugira o contrário.

investigação aprofundada, pelo juiz estatal, acerca da validade e eficácia da convenção (v. adiante). A despeito disso, na prática, é frequente o não enfrentamento das questões preliminares – inclusive a convenção arbitral – em seu momento oportuno. O projeto de novo Código quer livrar a exceção de arbitragem dessa sina.

De resto, há uma imposição lógica de que a definição da existência de convenção arbitral anteceda todas as demais questões, com exceção da própria competência judiciária. Como se aponta adiante, em primeiro lugar cabe definir qual, entre os órgãos judiciais, seria o competente para determinado processo – inclusive para definir a questão relativa à existência de convenção arbitral. A segunda questão a se definir é precisamente a da convenção arbitral. Afinal, caso se constate haver convenção arbitral, reconhece-se igualmente a ausência de jurisdição e competência dos órgãos judiciários. Fica então afastada a possibilidade de conhecimento, pelo juiz estatal, de qualquer outra questão, processual ou de mérito.

## 6. FORMA E MOMENTO DE ALEGAÇÃO

A arguição de convenção de arbitragem será sempre formulada em peça própria, e não na contestação. O procedimento comum do processo de conhecimento passa a submeter-se a algumas variáveis hoje inexistentes, que interferem no momento de apresentação da contestação. Mas em todas elas, a alegação de convenção arbitral é feita em apartado.

Em regra, haverá na fase inicial do procedimento audiência de conciliação. Se a audiência for infrutífera, a contestação deverá ser apresentada no prazo de quinze dias contados da audiência ou de sua última sessão, caso ela desdobre-se em várias (art. 336, I). A alegação de convenção arbitral, no entanto, deverá ser feita na própria audiência (art. 345, *caput*).

Nessa hipótese, pode-se cogitar de sua interposição sob a forma oral: o advogado do réu formularia verbalmente tal defesa, que seria reduzida a termo, na ata de audiência. A letra do art. 345, *caput*, não afasta essa possibilidade. O dispositivo alude à necessidade de “petição autônoma”. Mas petição não é sinônimo de manifestação escrita. “Petição” designa o ato processual por que se postula algo ao juiz. Há petição *escrita* e petição *oral*. A liberdade e instrumentalidade das formas, reafirmadas no projeto de novo Código, autorizam essa solução (arts. 188, 277, 282, § 1º, e 283 – cujo teor coincide com o dos arts. 154, 243, 249, § 1º, e 250 do diploma atual).

Nas causas que não comportam autocomposição, não se designará audiência (art. 335, § 4º, II). Nesse caso, nos termos do art. 336, III, a contestação deverá ser apresentada em quinze dias contados: da juntada aos autos do comprovante da citação por correio ou oficial de justiça (art. 231, I e II), ou da data da ocorrência da citação feita por escrivão ou chefe de secretaria (art. 231, III), ou da data do termo final do prazo fixado na citação por edital (art. 231, IV), ou da data da consulta ou do decurso do prazo para a consulta, na citação eletrônica (art. 231, V), ou da data da comunicação da realização da citação pelo juízo deprecado ao deprecante ou, na sua falta, na data da juntada aos autos da carta cumprida (art. 231, VI). A arguição de convenção deverá ser formulada também nesse prazo – sempre em petição própria (art. 346).

Por fim, há casos em que a audiência não se realizará porque, embora a causa comporte autocomposição, as partes expressamente manifestam desinteresse em tal tentativa (art. 335, § 4º, I). O autor terá o ônus de manifestar na petição inicial o seu desinteresse. Ao réu, diante dessa manifestação do autor, caberá indicar que também não deseja a audiência em até dez dias antes dela (art. 335, § 5º). Nesse caso, o prazo para contestar conta-se da data de protocolo dessa petição do réu (art. 336, II).<sup>18</sup>

## 7. EFICÁCIA DA ARGUIÇÃO

A arguição da existência da convenção interromperá ou impedirá o início do curso do prazo para contestar. Não se prevê que ela terá automática eficácia suspensiva sobre o resto do processo, ao contrário do que ora ocorre com a exceção de incompetência relativa, impedimento ou suspensão (art. 265, III, do CPC atual). Mas é óbvio que, obstando-se o prazo da contestação, susta-se também o curso de toda a marcha procedimental que esteja na dependência de tal termo.

Na hipótese em que não couber audiência de conciliação, a arguição de arbitragem interromperá o prazo para contestar. Vale dizer, sendo rejeitada a arguição, “o prazo da contestação recomeçará por inteiro” (art. 346, § 3º, parte final).

Na hipótese em que o réu argui a existência da convenção arbitral no mesmo momento em que pede o cancelamento da audiência de conciliação (art. 345, § 5º), “o prazo da contestação começará a fluir” apenas depois de intimadas as partes da decisão que rejeitar a arguição (art. 345, § 4º).

Na hipótese em que o réu formula a exceção de arbitragem na audiência para a tentativa de conciliação, essa não terá curso enquanto não resolvida a questão suscitada. Em princípio, deverá o autor responder à exceção na própria audiência (art. 345, § 2º, primeira parte) – e o juiz também decidir prontamente (v. adiante). Acolhida a exceção de arbitragem, extingue-se o processo arbitral sem resolução de mérito (arts. 348 e 495, VII). Rejeitada a exceção, o processo e a audiência de conciliação prosseguem.

Mas o próprio § 2º do art. 345, na sua segunda parte, abre a possibilidade de o juiz deferir prazo de até quinze dias para que o autor manifeste-se sobre a alegação de convenção arbitral. Nessa hipótese, a exceção não será desde logo resolvida. Então se indaga: a audiência prosseguirá mesmo assim, com a tentativa de conciliação – ficando em seguida suspenso o prazo para contestar, até que se resolva a arguição de convenção arbitral? Ou, com a arguição, a própria audiência será imediatamente suspensa?

---

18. Havendo litisconsórcio passivo, o prazo para contestar de cada réu será contado da sua respectiva manifestação de desinteresse (art. 336, § 1º). Mas ainda assim a audiência poderá ocorrer. Basta que um dos litisconsortes passivos não formule tal manifestação (art. 335, § 6º). Assim, poderá acontecer de algum réu vir a contestar antes da audiência: basta que ele apresente sua manifestação de desinteresse na autocomposição com mais de quinze dias de antecedência da audiência e algum outro litisconsorte não formule manifestação nesse sentido. Nesse caso, a alegação de convenção terá de ser apresentada no momento da manifestação de desinteresse na autocomposição – e, portanto, também antes da audiência (suspendendo, então, sua própria realização).

A primeira hipótese parece ser a correta. É o que se extrai do § 4º do art. 345 (“Após a manifestação do autor, o juiz decidirá a alegação. Intimadas as partes da decisão que a rejeita, o prazo da contestação começará a fluir”). O passo seguinte após a rejeição da exceção, já será a contestação – não havendo a retomada da audiência. E não faria sentido simplesmente suprimir-se a tentativa de conciliação apenas porque foi arguida a existência de convenção de arbitragem. Assim, a interpretação razoável é no sentido de que, arguida a convenção e não respondida e (ou) decidida na própria audiência, prossegue-se com essa, apenas para a tentativa de conciliação. Ainda que depois se venha a constatar que a arguição é procedente – e o juiz estatal não se reveste de jurisdição concreta para a solução do conflito – nada obsta (pelo contrário, é recomendável) sua atuação como simples conciliador, aproveitando-se a presença de ambas as partes na audiência. Se a tentativa for bem sucedida e as partes autocompuserem-se, fica prejudicada a exceção de arbitragem.

Em qualquer caso, a pendência da exceção de arbitragem não impedirá o juiz de conceder medidas de urgência e praticar outros atos a fim de evitar danos de impossível ou difícil reparação. Primeiro, porque, como dito, a arguição de convenção arbitral não tem propriamente eficácia suspensiva sobre o processo. Segundo, porque, mesmo quando suspenso o processo, em princípio cabe a prática de atos urgentes (art. 315).

## **8. A EXIGÊNCIA DE JUNTADA DO INSTRUMENTO DE CONVENÇÃO**

Mas a eficácia de que se tratou no tópico anterior, a valer o teor literal do projeto, pode não incidir em determinada hipótese. Exige-se que, ao arguir a existência de convenção arbitral, o réu apresente o respectivo instrumento, sob pena de “rejeição liminar” da exceção (arts. 345, § 1º, e 346, § 1º). Mais ainda: pela letra do art. 346, § 1º, na hipótese em que não haverá audiência e, por isso, a exceção deve ser apresentada no prazo da contestação, a não apresentação do instrumento de convenção faria com que o réu fosse “considerado revel”.

O escopo da exigência é compreensível: impedir a dilação desnecessária do incidente, viabilizando sua pronta solução. No entanto, cabem algumas ressalvas.

### **8.1. O significado de “instrumento” de convenção de arbitragem**

O art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/1996 prevê que “a cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira”. A mesma Lei estabelece que o compromisso arbitral será celebrado por termo nos autos (compromisso judicial, art. 9º, § 1º) ou “por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público” (compromisso extrajudicial, art. 9º, § 2º).

Nesses casos, tem-se propriamente um instrumento formal de convenção arbitral.

No entanto, a Convenção de Nova York veicula regra que flexibiliza a forma da convenção de arbitragem. Embora exija a forma escrita (art. II, nº 1), admite como “acordo escrito” uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes *ou contido em troca de cartas ou telegramas*” (art. II, nº 2).

Isso significa que: (1º) não se põe mais a exigência de testemunhas ou instrumento público no compromisso extrajudicial; (2º) mais do que isso, a convenção arbitral pode não estar retratada em um único instrumento, mas na conjugação de vários documentos. Nessa hipótese, o réu terá o ônus de apresentar esse conjunto documental.

## **8.2. Documento cuja apresentação era antes ônus do autor**

No mais das vezes, a convenção de arbitragem consistirá em cláusula compromissória. Essa é a modalidade convencional arbitral mais comum na prática. Ou seja, normalmente se trata de uma cláusula prevendo a arbitragem inserida no próprio instrumento do contrato do qual decorre o litígio posto em juízo.

Se é assim, já é ônus do próprio autor juntar o instrumento contratual: é um documento relevante para a prova dos fatos constitutivos de sua pretensão. O projeto veicula, no seu art. 321, regra idêntica ao art. 283 do Código atual (“A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação”).

Então, no caso de cláusula compromissória, de duas uma: ou o autor desincumbiu-se de seu ônus, e o instrumento da convenção arbitral já consta dos autos – de modo que não tem mais cabimento exigir sua juntada pelo réu; ou o autor não se desincumbiu de tal ônus – e nesse caso não seria razoável imputar ao réu a drástica consequência da rejeição liminar da exceção de arbitragem.

## **8.3. A oportunidade de suprimento do defeito conferida ao autor**

Aliás, quando o autor deixa de juntar documentos indispensáveis à propositura da ação, dá-se-lhe a oportunidade de corrigir sua falha (art. 322), tal como no Código atual (art. 284 do CPC/1973).

Assim, e em primeiro lugar, caberá aplicar-se essa regra, na segunda hipótese acima cogitada. Ou seja, se o instrumento de que consta a convenção arbitral também tinha de haver sido apresentado pelo autor, sua não-apresentação pelo réu não pode implicar a rejeição liminar da exceção de arbitragem. Antes, cabe determinar-se ao autor que apresente o instrumento contratual, que se incluía entre os documentos indispensáveis para a propositura da demanda.

Em segundo lugar, quando o autor não tiver o ônus de juntada do instrumento (o que se terá normalmente nos casos de compromisso arbitral), cumprirá investigar se há o que justifique o tratamento desigual: o autor teria a chance de conserto; o réu, não.

## **8.4. Possível distinção entre a arguição dentro e fora de audiência: oralidade**

Quando a arguição de convenção arbitral tem de ser feita em audiência (art. 345, *caput*), pretende-se submeter o incidente ao princípio da oralidade, com todas as suas decorrências: forma oral, concentração, imediação e identidade física do juiz. A ideia é de que, feita a arguição em audiência, o autor imediatamente a responda e o juiz decida-a também na própria sessão. Nesse contexto, justifica-se a negativa de prazo para juntada posterior do instrumento de convenção arbitral.

Já nas hipóteses em que a alegação de arbitragem é feita fora de audiência (arts. 345, § 5º, e 346) não parece haver fundamento razoável para o tratamento não-isonômico entre autor e réu.

Além disso, como ser veraz a seguir, há dispositivo que abre a possibilidade de que, mesmo na audiência, o autor não responda à exceção formulada pelo réu – recebendo prazo de quinze dias para fazê-lo. Os riscos de abusos e distorções são evidentes. Se na prática do foro o uso indiscriminado dessa regra vier a ensejar o abandono da oralidade pretendida, também deixará de ser razoável a negativa de possibilidade de apresentação posterior do instrumento pelo réu.

### 8.5. A excepcional ausência de efeito interruptivo do prazo da contestação

Os dispositivos em exame não se limitam a negar a oportunidade de correção da falha pelo réu. O art. 346, § 1º, estabelece ainda que o indeferimento liminar da exceção, por falta de apresentação do instrumento de convenção arbitral, impediria que tal arguição interrompesse o prazo para contestar. É o que se extrai da previsão de o “réu ser considerado revel” nesse caso.

No sistema atual, prevalece o entendimento de que a interposição da exceção (de incompetência, impedimento ou suspeição) apenas suspende o resto do processo se não for liminarmente indeferida.<sup>19</sup> Mas diferente solução é adotada relativamente ao efeito interruptivo dos embargos declaratórios: mesmo quando esses são considerados manifestamente protelatórios (art. 538 do CPC atual), o prazo para outros recursos é interrompido.<sup>20</sup>

Essa segunda solução confere mais segurança jurídica ao processo. A solução proposta para a exceção de arbitragem desacompanhada do instrumento convencional vai contra tal diretriz. Assim, ela deverá ser aplicada à restrita hipótese em que prevista: falta de instrumento convencional (e ainda assim, com todas as ressalvas aqui feitas). Não se poderá dar à regra interpretação ampliativa, de modo a aplicá-la a outros casos de rejeição “liminar” da exceção de arbitragem.

Além disso, há um defeito na redação do dispositivo. O réu não será “considerado revel” pelo tão-só fato de sua exceção de arbitragem haver sido rejeitada liminarmente por falta de instrumento convencional. Suponha-se que, no primeiro dia do prazo para contestar, o réu ajuíza a exceção. No terceiro dia do prazo, ela é rejeitada liminarmente, por falta de apresentação do instrumento convencional: por que o réu não mais teria os doze dias remanescentes para contestar (os mesmos que ele teria se a exceção não houvesse sido proposta)? Ainda que se admita a negativa de possibilidade de correção do defeito pelo réu, a consequência da rejeição liminar poderá ser apenas a não inter-

19. STJ, REsp 243.492, 3ª T., v.u., rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 13.11.01, DJU 18.02.02.

20. Vejam-se as referências jurisprudenciais e doutrinárias em TALAMINI, “Embargos de declaração: efeitos”, em *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais, Estudos em homenagem a Teresa Arruda Alvim Wambier*, (coord. J. M. G. Medina e outros), São Paulo, RT, 2008, p. 661-663.

rupção do prazo para contestar. Se, mesmo com a não interrupção, ainda houver saldo de prazo para contestação, o réu poderá utilizá-lo. Não faria sentido ele ser desde logo “considerado revel” nessa hipótese. Uma solução desarrazoada como essa ofenderia o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).

## 9. O PROCESSAMENTO DA EXCEÇÃO DE CONVENÇÃO ARBITRAL

Como indicado, quando a exceção é formulada em audiência, há a diretriz de pronta resposta e solução da questão. Em princípio, o autor deverá manifestar-se sobre a arguição na própria audiência (“imediatamente” – art. 345, § 2º, parte inicial). Daí se extrai que também o juiz terá o dever de sempre que possível decidir a questão nesse mesmo momento. Não faria sentido impor-se ao autor tal ônus, se o escopo não fosse o da pronta solução do incidente. Isso exigirá do julgador preparo para resolver a questão de pronto. Obviamente, não basta mudar (constantemente) a lei: é necessário contar com julgadores preparados e dispostos a cumpri-la.

A concessão de prazo de até quinze dias para o autor manifestar-se (art. 345, § 2º, segunda parte) deve ser relegada à mais absoluta excepcionalidade. Como a questão cinge-se à aferição da existência da convenção arbitral e seu alcance, a manifestação normalmente não se revestirá de maior complexidade. Frise-se que fica excluído, nesse momento, qualquer questionamento mais aprofundado sobre a eficácia e validade da convenção de arbitragem (v. adiante). Por isso, no mais das vezes não haverá justificativa para se procrastinar a resposta do autor e a decisão do juiz sobre a questão.

Quando a arguição de convenção arbitral não for formulada em audiência (arts. 345, § 5º, e 346), o juiz deverá conceder prazo ao autor para que se manifeste por escrito. À falta de regra específica, é aplicável também a essa hipótese o prazo de “até quinze dias”, de que fala a parte final do § 2º do art. 345. O juiz deverá definir concretamente o prazo, dentro desse limite. Assim que apresentada a resposta pelo autor, ou decorrido o prazo sem sua apresentação, o juiz deverá de pronto decidir a exceção de arbitragem.

Não há espaço para qualquer dilação probatória – inclusive por força dos limites à cognição judicial relativamente à convenção de arbitragem, de que se trata a seguir.

## 10. OS LIMITES À AFERIÇÃO DA VALIDADE E EFICÁCIA DA CONVENÇÃO ARBITRAL

Em princípio e a princípio, cabe ao próprio árbitro manifestar-se sobre a validade e eficácia da convenção arbitral (Lei 9.307/1996, art. 8º, par. ún.). Trata-se do princípio da competência-competência (*Kompetenz-Kompetenz*): o árbitro é juiz primeiro de sua própria jurisdição e competência.

Logo, quando arguida a existência de convenção arbitral, pelo réu, como defesa no processo judicial, o juiz estatal não pode – a pretexto de apreciar essa preliminar – aprofundar-se no exame da validade e eficácia da convenção arbitral. Essa tarefa compete originariamente ao árbitro.

O juiz estatal apenas verificará a existência da convenção arbitral. Ele só poderá deixar de acolher a defesa do réu e não extinguir o processo judicial se a convenção for *manifestamente* inválida ou ineficaz.<sup>21</sup> Trata-se de cognição sumária, superficial, da eficácia e validade da convenção arbitral.

Em outros países, há regra expressa a esse respeito, na própria disciplina da arguição da convenção arbitral perante o Judiciário (*v.g.*, Portugal, Lei 63/2011, art. 5º, nº 1, parte final; França, CPC, art. 1.448, 1, parte final). Entre nós, basta a norma do art. 8º, par. ún., da Lei de Arbitragem.

## 11. A CONFIRMAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL ARBITRAL: HIPÓTESE EM QUE HÁ ARBITRAGEM EM CURSO

O art. 347 prevê que, se já houver arbitragem instalada, o juiz, em vez de decidir a alegação de convenção arbitral, limitar-se-á a suspender o processo judicial. Ele então aguardará o pronunciamento do árbitro sobre a existência, validade e eficácia da convenção arbitral. Uma vez reconhecida, pelo tribunal arbitral, sua própria jurisdição e competência, o juiz estatal extinguirá o processo judicial (art. 348). Se a decisão arbitral for no sentido oposto, o juiz estatal retomará o curso do processo.

### 11.1. Litispêndência e coisa julgada arbitral

A regra em exame merece apenas uma ressalva: se já há arbitragem instaurada, não se trata de mera arguição de convenção arbitral, mas litispêndência<sup>22</sup> (no mínimo, parcial). Vale dizer: nessa hipótese, o obstáculo ao processo judicial versando sobre o mesmo objeto não advirá apenas da convenção de arbitragem, mas da própria pendência de demanda, na via arbitral, entre as mesmas partes e relativa ao mesmo objeto.

E a litispêndência é defeito conhecível de ofício, verdadeiro pressuposto processual negativo (no CPC atual: art. 267, V e § 3º, e art. 301, V e §§ 1º a 4º; no substitutivo da Câmara dos Deputados: art. 338, VI e § § 1º a 4º, e art. 495, V e § 3º).

O mesmo se diga se a lide já houver sido resolvida por sentença arbitral de mérito proferida no Brasil ou aqui homologada. A partir daí o obstáculo a processo judicial entre as mesmas partes e relativamente ao mesmo objeto litigioso é a coisa julgada arbitral, que também é pressuposto processual negativo, cognoscível de ofício (Lei 9.307/1996, art. 31 c/c CPC/1973, art. 267, V e § 3º, e art. 301, VI e § § 1º a 4º; no substitutivo da Câmara dos Deputados: art. 338, VII e § § 1º a 4º; art. 495, V e § 3º).

21. Nesse sentido, entre outros: ELEONORA PITOMBO, “Os efeitos da convenção de arbitragem – Adoção do Princípio da *Kompetenz-Kompetenz* no Brasil”, em *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido F. da Silva Soares* (org. S. Lemes, C. A. Carmona e P. B. Martins), São Paulo, Atlas, 2007, p. 334; PEDRO BAPTISTA MARTINS, *Apontamentos...*, p. 140; CARMONA, *Arbitragem...*, cit., p. 177. Na jurisprudência: STJ, REsp 1.278.852, 4ª T., v.u., rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 21.05.2013, *DJe* 19.06.2013, com citação de outros precedentes do STJ.

22. L. FERNANDO GUERRERO, *Convenção...*, cit., p. 128.

## 11.2. Arbitragem internacional sem sentença homologada no Brasil

Por outro lado, se a arbitragem em curso tem previsão de prolação de sentença no exterior,<sup>23</sup> não há que se falar em litispendência, enquanto não houver homologação da sentença arbitral estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça (CPC/1973, art. 90; substitutivo da Câmara dos Deputados: arts. 24 e 973).

Nessa hipótese, não haverá obstáculo ao processo judicial a ser conhecido *ex officio* pelo juiz. A tramitação do processo judicial no Brasil com as mesmas partes e objeto apenas poderá ser impedida pela oportuna alegação da existência da convenção arbitral.

Uma vez arguida a existência da convenção e noticiada a tramitação da arbitragem internacional, o regime a ser seguido será o mesmo aplicável à arbitragem interna. Caberá ao juiz estatal suspender o processo e aguardar a definição do tribunal arbitral acerca de sua própria jurisdição e competência.

Mas põe-se ainda outra peculiaridade, uma vez reconhecida pelo tribunal arbitral sua jurisdição e competência. Se a arbitragem fosse interna, como visto, caberia ao juiz estatal, diante da decisão afirmativa de competência dos árbitros, pôr fim ao processo judiciário que até então aguardara suspenso. Já se a arbitragem é internacional, a extinção do processo judiciário apenas poderá ocorrer depois de homologada pelo STJ a sentença arbitral estrangeira (parcial ou final).<sup>24</sup>

## 11.3. Kompetenz-Kompetenz e economia processual

Tais ressalvas interpretativas em nada afetam o mérito da regra do art. 347 do substitutivo da Câmara: o prestígio aos princípios da *Kompetenz-Kompetenz* e da economia processual.

O dispositivo explicita a diretriz – que atualmente já vigora – de que, diante da arbitragem instaurada, não cabe ao juiz estatal imiscuir-se na definição da jurisdição e competência do tribunal arbitral. Compete a esse fazê-lo (Lei 9.307/1996, art. 8º).

Mas a tão-só consideração do princípio da competência-competência levaria à pronta extinção do processo judiciário por força da litispendência arbitral. Se, depois disso, o tribunal arbitral viesse a negar sua própria jurisdição, haveria a necessidade da instauração de novo processo judicial.

23. A expressão “arbitragem internacional” não é unívoca (v., entre outros, ADRIANA BRAGHETA, *A importância da sede da arbitragem*, Rio de Janeiro, Renovar, 2010, *passim*; RENATA ALVARES GASPARGAS, *Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil*, São Paulo, Atlas, 2009, p. 70 e seguintes). Utiliza-se aqui o termo no sentido estrito para o qual o elemento estrangeiro na arbitragem tem expressa relevância no ordenamento brasileiro: arbitragem com sentença proferida no exterior. Esse é o único caso que exigirá a intervenção do STJ para homologar a sentença arbitral. Se a arbitragem transcorrer no exterior, ou se desenvolver-se no Brasil com parte(s) estrangeira(s) e (ou) a aplicação do direito estrangeiro, ela também terá caráter “internacional”. Mas, se apesar disso, a sentença dessa arbitragem for proferida no Brasil, tratar-se-á, perante o ordenamento brasileiro, de arbitragem *interna*. A sentença desde logo valerá e será eficaz, independentemente de qualquer homologação. Essa constatação, explicitada em lei (Lei 9.307/1996, art. 34), foi confirmada pelo STJ (REsp 1.231.554, 3ª T., v.u., rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 24.05.2011, *DJe* 01.06.2011).

24. STJ, REsp 1.203.430, 3ª T., v.u., rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, j. 20.09.2012, *DJe* 01.10.2012.

A regra em questão inova ao determinar que o processo judicial fique apenas suspenso, aguardando a decisão do tribunal arbitral. Se esse proferir decisão negativa de jurisdição, bastará retomar-se o processo judicial já instaurado.

## 12. AUSÊNCIA DE CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE ÁRBITRO E JUIZ

Os arts. 347 e 348 também se prestam a confirmar que não se põe conflito de competência entre árbitro e juiz. Existindo arbitragem em curso, o juiz estatal deve aguardar a definição do tribunal arbitral (art. 347). Uma vez afirmada pelo tribunal arbitral a sua própria jurisdição e competência, o juiz estatal submete-se a tal deliberação, cabendo-lhe apenas extinguir o processo judiciário (art. 348).

Se o juiz estatal recusar-se a extinguir o processo nessa hipótese, ainda assim não caberá suscitar conflito de competência. A decisão deverá ser atacada mediante agravo de instrumento (art. 1.028, III).

Com tais regras, ficará superada orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de admitir instauração do incidente de conflito de competência entre tribunal arbitral e órgão judiciário.<sup>25</sup> Tal entendimento, mesmo atualmente, já é objeto de críticas por desconsiderar o princípio da *Kompetenz-Kompetenz*.<sup>26</sup>

## 13. O DESTINO DO PROCESSO JUDICIAL, EM CASO DE CONFIRMAÇÃO DA COMPETÊNCIA ARBITRAL

Acolhida a arguição de convenção arbitral pelo juiz, impõe-se a extinção do processo sem resolução de mérito (arts. 348 e 495, VII). Tal decisão terá natureza de sentença (art. 203, § 1º).

O mesmo ocorrerá na hipótese de litispendência arbitral, uma vez reconhecida pelo tribunal arbitral a sua jurisdição e competência (art. 348).

Se apenas uma parte do objeto do processo judicial for também objeto da convenção de arbitragem, caberá a redução do objeto do processo judicial àquela parcela não atingida pelo pacto arbitral (art. 361, par. ún.).

## 14. RECORRIBILIDADE DA DECISÃO SOBRE A EXCEÇÃO DE ARBITRAGEM

Quando a exceção de arbitragem é acolhida e o processo judicial extinto, cabe apelação contra tal sentença (art. 1.022). A apelação contra as sentenças que não resolvem o mérito passa a comportar juízo de retratação: o juiz, em cinco dias, pode rever seu pronunciamento (art. 1.022, § 7º).

25. REsp 111.230, 2ª S., v.m., rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 08.05.2013, ainda não publicado no *DJe*.

26. Ver, p. ex., NAIMA PERRELLA MILANI, "Brazilian Readings on Compétence-Compétence: Missing the Wood for the Trees", em *kluwerarbitrationblog.com*; L. FERNANDO GUERRERO, "Princípios da arbitragem não são entendidos por completo", em *Consultor Jurídico*, 10.07.2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-jul-10/luis-guerrero-principios-arbitragem-nao-sao-entendidos-completo> (acesso em 11.0.7.2013).

Contra a decisão que rejeita a alegação de convenção arbitral cabe agravo de instrumento (art. 1.028, II). Eis outro ponto que evidencia a relevância que projeto está conferindo à arguição de convenção de arbitragem. O projeto estabelece como regra geral a irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Prevê que elas deverão ser impugnadas na apelação. Poucas exceções são estabelecidas, de modo taxativo, relativamente a casos em que seria especialmente gravoso aguardar-se até o fim do procedimento em primeiro grau para apenas então se recorrer. Reconheceu-se que uma dessas hipóteses é o indeferimento da exceção de arbitragem. Viabiliza-se, assim, a correção mais célere de eventual decisão incorreta do primeiro grau – impedindo-se que a remessa das partes à arbitragem venha a ocorrer apenas no julgamento da apelação.

A decisão que reduzir o objeto do processo judicial para dele excluir a parte submetida a convenção de arbitragem também deverá ser impugnada mediante agravo de instrumento (art. 361, par. ún.).

## 15. A SIMULTÂNEA ARGUIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DE JUÍZO

Como indicado, a incompetência relativa deixa de ser arguida mediante exceção instrumental. Em regra, deverá ser formulada como preliminar da contestação (arts. 64 e 338, II). Permite-se que o réu, quando for arguir a incompetência relativa, apresente a contestação ainda antes da audiência e no próprio foro de seu domicílio, a despeito de o processo ali não tramitar (art. 341).

No entanto, se o réu pretende arguir tanto a “incompetência do juízo” (aqui compreendidas a incompetência relativa e a absoluta) quanto a existência de convenção arbitral, cabe-lhe suscitar a questão da competência na própria peça de exceção de arbitragem (arts. 345, § 3º, e 346, § 2º).

Não há nenhuma contradição nessa conduta do réu. Vigora o princípio da eventualidade, pelo qual o réu tem o ônus de formular todas as defesas possíveis, ainda que em tese uma delas, caso acolhida, baste para excluir a necessidade de consideração das demais (art. 337, cujo teor corresponde ao do art. 300 do atual CPC). Portanto, ainda que o réu tenha a certeza de que a lide deverá ser submetida à arbitragem, cumpre-lhe também apontar qual seria o órgão judicial competente, caso ela devesse ser processada perante o Judiciário.

E há um fator adicional a justificar a regra em questão. Entre todas as questões processuais, a competência judicial é prioritária em face das demais. Trata-se também de uma imposição lógica: há de se definir quem é competente para solucionar todas as demais questões. Na clara lição de Calmon de Passos: “Só o juiz competente pode se pronunciar sobre a validade ou invalidade da relação processual e sobre a validade ou invalidade de qualquer ato do processo. Consequentemente, a arguição de incompetência absoluta deve preceder a todas as outras.”<sup>27</sup> Mais ainda: não apenas a arguição, mas a solução da questão da competência judicial deve preceder todas as outras.

27. *Comentários...*, cit., v. III, p. 261. Ainda, em outra passagem, o grande processualista baiano pondera que “só o juiz competente pode se manifestar sobre os pressupostos processuais” (ob. cit., p. 270). No trecho transcrita

Isso se aplica à própria questão relativa à existência de convenção arbitral. Em primeiro lugar, é preciso definir, entre os órgãos judiciais, qual seria o competente. Uma vez definido o órgão judicial competente, cabe a esse decidir se a exceção de arbitragem procede.

Ademais, a arguição de incompetência territorial simultânea à de existência de convenção de arbitragem enseja inclusive a aplicação da regra que permite ao réu apresentar a petição no foro do seu domicílio (arts. 345, § 3º, e 346, § 2º, c/c art. 341) – antes mesmo, portanto, da audiência de conciliação eventualmente designada.

## 16. CONCLUSÃO

O estabelecimento de via própria para a exceção de arbitragem é elogiável. Seus aspectos positivos suplantam em muito possíveis defeitos pontuais de algumas das novas disposições propostas. Esses defeitos, de resto, serão superáveis mediante interpretação sistemática. Aliás – e isso vale mesmo para os seus pontos positivos – apenas a sua adequada aplicação fará com que o novo mecanismo não empaque no terreno das meras boas intenções.

---

no corpo do texto, a referência exclusiva à incompetência “absoluta” deriva do fato de que Calmon de Passos estava ali a tratar da ordem de apresentação das defesas na contestação no Código atual. As considerações aplicam-se por igual à incompetência relativa, por óbvio.

# PREVISÕES SOBRE A VIA EXTRAJUDICIAL NO NOVO CPC

ERICA BARBOSA E SILVA<sup>1</sup> E  
FERNANDA TARTUCE<sup>2</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

O título desse trabalho pode soar estranho: se a vocação do Código de Processo Civil é reger a atuação dos sujeitos em juízo, por que contar com referências à atuação extrajudicial?

Propugna-se atualmente que o Poder Judiciário deva oferecer a prestação jurisdicional por meio do processo ou da sentença, mas não só isso: ele também deve oferecer meios que socorram os cidadãos de modo mais abrangente, cumprindo o acesso à Justiça<sup>3</sup> ou à ordem jurídica justa<sup>4</sup>.

*Para atender tal ambicioso intento, há necessidade de desenvolverem-se novos paradigmas, de modo que a resolução adjudicada do conflito<sup>5</sup> seja cada vez mais com-*

1. Mestre e doutora em Direito Processual pela USP. Professora convidada de Processo Civil e Registros Públicos em cursos de pós-graduação *lato sensu*. Pesquisadora. Autora de diversos artigos e livros jurídicos. Membro do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual). Conciliadora e Mediadora. Oficiala de Registro em Amparo – SP.
2. Doutora e Mestre em Direito Processual pela USP. Professora dos cursos de Mestrado e Doutorado da FADISP. Professora e Coordenadora em cursos de especialização em Direito Processual Civil na Escola Paulista de Direito (EPD). Advogada orientadora do Departamento Jurídico do Centro Acadêmico XI de Agosto (USP). Membro do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) e do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual). Mediadora.
3. Para Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *in Acesso à justiça*, Tradução de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 08, o acesso à Justiça indica duas finalidades básicas do sistema jurídico, “Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.
4. A expressão é utilizada por Kazuo Watanabe, “Acesso à Justiça e sociedade moderna”, *in Participação e processo*, Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, p. 135, ao mencionar que “Em conclusão: a) o *direito de acesso à Justiça* é, fundamentalmente, *direito de acesso à ordem jurídica justa*; b) são *dados elementares desse direito*: (1) o *direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial* e à *organização de pesquisa permanente* a cargo de especialistas e orientada à aferição constante de adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do País; (2) *direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa*; (3) *direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetividade tutela de direito*; (4) *direito à remoção de todos os obstáculos* que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça com tais características”.
5. Sobre o termo adjudicação, Owen Fiss, *in Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*, tradução coordenada por Carlos Alberto de Salles, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 26, menciona que “a adjudicação é o processo social por meio do qual os juízes dão significado aos valores públicos” e, na respectiva nota, segue o esclarecimento: “*Adjudication* é a forma usual na literatura da língua

preendida como a última *ratio* do sistema. Há, nessa operação, um enquadramento do conceito abstrato do direito ao fato concreto que com ele guarda pertinência, que atende à pacificação jurídica, mas nem sempre conduz as partes à pacificação social.

Essa perspectiva apresenta uma visão pluralista, por necessariamente considerar a existência de peculiares órgãos e diversas instâncias, jurisdicionais e extrajudiciais que, por suas múltiplas formas e funções, bem como por suas diferenciadas possibilidades, podem oferecer respostas mais adequadas e qualitativas à resolução de conflitos. Nesse cenário, é preciso disponibilizar uma gama considerável de mecanismos a serem utilizados em prol da pacificação jurídica e social, também estimulando a solução de conflitos de forma consensual e até extrajudicial.

Como bem destaca Arruda Alvim, ante a litigiosidade da sociedade contemporânea faz-se de rigor idealizar diversificados meios de solução para muitíssimos conflitos<sup>6</sup>.

Não resta dúvida de que métodos diversos devem ser destacados por favorecer alternativas que propiciem segurança jurídica, celeridade e redução de custos, aprimorando o Sistema de Justiça no ordenamento brasileiro.

O presente estudo analisa as possibilidades ligadas às Serventias Extrajudiciais no atual projeto do Código de Processo Civil, verificando sua contribuição ao Sistema de Justiça. Sua proposta não é esgotar o tema, mas apresentar o panorama com vistas a enfrentar preconceitos de outrora e afastar o excessivo apego ao processo judicial, prestigiando outros profissionais que, ao lado dos Juízes, Promotores, Defensores Públicos e Advogados, também são operadores do direito e podem aprimorar o acesso à ordem jurídica justa: notários e registradores<sup>7</sup>.

## 2. BREVE ANÁLISE DO PODER JUDICIÁRIO ATUAL

O advento do Estado Social, superando o Estado Liberal<sup>8</sup>, promoveu uma grande mudança na concepção de Estado e proporcionou um novo entendimento sobre a in-

---

inglesa para designar a atividade realizada pelo Judiciário na solução de conflitos. Não obstante o vocábulo correspondente em português seja mais utilizado nas relações de posse e propriedade (e.g., a “adjudicação compulsória”) é correta na sua extensão para o sentido utilizado na língua inglesa. O juiz ao julgar um determinado caso, aplica a norma ao caso concreto adjudicando – isto é, atribuindo – uma solução, entre outras possíveis para a controvérsia em questão”.

6. ALVIM, Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – sua evolução ao lado do direito material. In: Teixeira, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 169.
7. Para Marco Antonio Greco Bortz, “A desjudicialização – um fenômeno histórico e global”, in *Revista de direito notarial*, ano 1, nº 1, São Paulo, Quartier Latin, jul-set 2009, p. 106, “O envolvimento de outros atores jurídicos, capacitados para promover uma intervenção segura, estável e preventiva de litígios, faz-se fundamental para a manutenção do tráfego jurídico num mundo que se torna mais e mais dinâmico. Nesse contexto é que se inserem os notários e registradores, que prestam serviços inestimáveis ao meio social e podem ser melhor aproveitados, aliviando a carga pesadíssima que paira sobre o Poder Judiciário e, permitindo a agilização da normalidade da vida à população, reservando aos juízes a tarefa inafastável de dar solução à patologia social”.
8. Ada Pellegrini Grinover, “O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário”, in *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Coordenadores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 125, menciona que a teoria da separação dos poderes de Montesquieu “foi consagrada em um momento

tegração dos Poderes. Essa transformação apresentou um Poder Judiciário cuja função precípua não fosse restrita à solução de conflitos intersubjetivos de interesses.

O Poder Judiciário foi chamado a atender o bem comum e a efetivar direitos fundamentais com a missão de garantir igualdade material; nesse cenário, acabou se tornando tornou-se verdadeiro órgão calibrador de tensões ao precisar apresentar respostas a conflitos sociais, políticos e econômicos<sup>9</sup>.

Para corroborar tal fato, basta lembrar que o Supremo Tribunal Federal manifestou-se, em um passado não tão remoto, sobre questões como fidelidade partidária, proibição do nepotismo no setor público, utilização de células-tronco, descriminalização do aborto de anencéfalo e casamento homoafetivo. O reconhecimento de direitos civis implica em estabelecer que, a despeito de desigualdades econômicas ou sociais, todos são iguais quanto à liberdade de ir e vir, de crer, de associar-se, etc.

O reconhecimento de direitos sociais significa uma revolução de grande magnitude, pois exige que sejam somadas liberdades positivas às liberdades negativas, o que demanda uma considerável modificação do perfil do Poder Público e do Sistema de Justiça<sup>10</sup>.

Enquanto o Estado deve providenciar ações que possam concretizar os direitos à saúde, trabalho, educação, moradia, entre outros, o Poder Judiciário deve fazer a verificação dessa concretização<sup>11</sup>. É por essa razão que, para a materialização de direitos, o acesso à Justiça é princípio fundamental do sistema e não pode ser ceifado de qualquer forma.

---

histórico – o do liberalismo – em que se objetivava o enfraquecimento do Estado e a restrição de sua atuação na esfera da liberdade individual. Era o período da primeira geração de direitos fundamentais, ou seja, das liberdades ditas negativas, em que o Estado só tinha o dever de abster-se, para que o cidadão fosse livre de fruir de sua liberdade. O modelo do constitucionalismo liberal preocupou-se, com exclusividade, em proteger o indivíduo da ingerência do Estado”.

9. WATANABE, Kazuo. Novas atribuições do Judiciário: necessidade de sua percepção e de reformulação da mentalidade. Disponível em <http://www.apmbr.com.br/editor/assets/pdf/Revista-EPM-Vol1.pdf>. Acesso 29 set. 2013.
10. Para Maria Tereza Sadek, “Judiciário e Arena Pública: um olhar a partir da ciência política”, in *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Coordenadores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 22, “A definição do papel do juiz como a de um ator político envolve o reconhecimento de que suas atribuições produzem impactos sociais, econômicos e políticos. Esse protagonismo que rejeita ou supera o juiz “boca da lei” institui um juiz corresponsável pela concretização dos direitos e, nessa medida, um agente com atuação na arena pública”.
11. Para Rodolfo de Camargo Mancuso, in *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 104-105, “Esse é um *risco a correr*, o da *judicialização da política e da corolária politização do Judiciário*, se quiser alcançar *uma nova postura*, em que a isenção e a imparcialidade do julgador não sejam obstáculos à assunção de um transparente posicionamento em face das prementes necessidades sociais, canalizadas por meio da via judiciária, dando vaza à *vertente política* do direito de ação. (...) Nos megaconflitos que hoje afluem à Justiça (*v.g.*, a polêmica sobre os fetos anencefálicos, envolvendo questionamento sobre a configuração da *vida humana* e o que se deva entender como *existência digna*), ocorre não existir uma específica norma regedora da *fatispecie*, até pela dificuldade em se tratar abstratamente desses temas de largo impacto social, e que comportam conflito entre valores e entre princípios, igualmente poderosos”.

O Poder Judiciário teve sua atuação alargada e hoje responde como coautor de ações afirmativas, papel que foi sendo consolidado no decorrer do jogo político. Nesse cenário, magistrados lideram mudanças que atingem toda a sociedade e as críticas ao ativismo judicial não foram suficientes para interromper esse processo nem evitar sua expansão.

Por muito tempo, a tradição do sistema jurídico brasileiro foi considerar a distribuição da Justiça pela forma adjudicatória<sup>12</sup>, de índole substitutiva, com base no antagonismo e na litigiosidade.

Com o passar do tempo, porém, o paternalismo estatal e a cultura litigante brasileira fizeram nascer uma discussão não apenas sobre o congestionamento das vias judiciais, mas principalmente sobre a adequação da resolução de conflitos pela prolação da sentença e sua respectiva efetividade.

A chamada “crise do Poder Judiciário”, caracterizada principalmente pelo extraordinário número de processos e pela pouca efetividade de suas decisões, com destaque para a expressiva quantidade de recursos e execuções, incrementou as discussões sobre o Sistema de Justiça e os entraves ao cumprimento das finalidades institucionais do Judiciário<sup>13</sup>.

Tudo isso incentivou a reestruturação do Poder Judiciário e o desenvolvimento de novos paradigmas, sobretudo apresentando a resolução adjudicada do conflito como última *ratio*<sup>14</sup> do sistema. Essa perspectiva considera a existência de peculiares órgãos com múltiplas funções e diferenciadas técnicas para solucionar os conflitos, pois é preciso disponibilizar uma gama considerável de mecanismos a serem utilizados em prol da pacificação para garantir acesso à ordem jurídica justa.

---

12. Sobre a adjudicação, Carlos Alberto de Salles, “Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada”, in *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*, Organização de Luiz Fux, Nelson Nery e Teresa Wambier, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 785, esclarece que “o julgador *adjudica* uma solução, entre outras em tese possíveis, pondo fim ao conflito existente entre as partes. O julgador aplica uma norma ao caso concreto, eliminado a controvérsia reinante entre as partes. A solução adjudicada diz respeito a uma aplicação normativa sobre a qual divergem as partes podendo ter por referência”.

13. Para Maria Tereza Sadek, “Desde as primeiras cortes, criadas ainda no período colonial, vozes se levantaram mostrando sua inoperância e o quanto distavam de um modelo de Justiça minimamente satisfatório. Nos últimos tempos, entretanto, tornou-se dominante a idéia de que essas instituições, além de incapazes de responder à crescente demanda por Justiça, tornaram-se anacrônicas e, pior ainda, refratárias a qualquer modificação. Nas análises mais impressionistas sustenta-se, inclusive, que as instituições judiciais ficaram perdidas no século XVIII ou, na melhor das hipóteses, no XIX, enquanto o resto do país teria adentrado nos anos 2000. (...) A situação brasileira recente difere de todo o período anterior em pelo menos dois aspectos: 1) a Justiça transformou-se em questão percebida como problemática por ambos setores da população, da classe política e dos operadores do direito, passando a constar da agenda de reformas; 2) tem diminuído consideravelmente o grau de tolerância com a baixa eficiência do sistema judicial e, simultaneamente, aumentado a corrosão no prestígio do Judiciário” (“Judiciário: mudanças e reformas”, in *Estudos Avançados*, v. 18, nº 51, mai.-ago. 2004, p. 83-84).

14. Sobre o tema merece leitura a obra *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*, de Rodolfo de Camargo Mancuso (São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012).

Nesse contexto, merece destaque a atuação das Serventias Extrajudiciais<sup>15</sup>, que devem ser vistas não apenas como palco para o desenvolvimento seguro de diversas relações jurídicas, mas também como uma arena possível e útil à resolução de uma série de questões ligadas à eficiente abordagem de conflitos.

### 3. DESJUDICIALIZAÇÃO: NOÇÕES INICIAIS

O termo desjudicialização, em sentido amplo, é empregado para classificar a iniciativa de adotar procedimentos fora do âmbito do Poder Judiciário. Nesse sentido, a arbitragem pode ser mencionada como clássico exemplo de desjudicialização de conflitos, já que permite sua resolução de forma adjudicatória e heterocompositiva por um terceiro<sup>16</sup>.

Não obstante a apontada amplitude do termo, o vocábulo “desjudicialização” tem sido empregado para se referir aos procedimentos que podem ser abarcados pelos serviços extrajudiciais, serventias registrais ou tabelionato de notas.

O mais ilustre exemplo dessa situação é a Lei nº 11.441/2007, que permitiu a realização de inventários e divórcios de forma administrativa. Assim, de forma *stricto sensu* identifica-se “desjudicialização” como o termo empregado para caracterizar a alternativa de regularização de certas situações jurídicas nos cartórios extrajudiciais.

Em termos científicos pode-se configurar a desjudicialização como hipótese de tutela diferenciada?

Ao abordar a tutela jurisdicional diferenciada, Arruda Alvim se refere à criação por lei, de uma tutela adequada, com vistas a adaptá-la a situações de direito material diferenciadas, que, por isso mesmo, restam 'privilegiadas'<sup>17</sup>.

Pode-se afirmar que, ao lado de tutelas diferenciadas jurisdicionais, é importante poder contar com tutelas diferenciadas extrajudiciais.

Antonio Carlos Marcato afirma que as tutelas jurisdicionais diferenciadas levam em conta a efetividade do resultado desejado pela parte e os instrumentos para tanto necessários, na medida em que a coincidência do resultado de um trabalho com o propósito para o qual foi desenvolvido depende sempre da adequação dos meios ao fim<sup>18</sup>. A mesma lógica se verifica na desjudicialização, já que a eficiência costuma ser a tônica na previsão e na implementação dos mecanismos extrajudiciais.

15. Para Luís Paulo Aliende Ribeiro, “estes *profissionais oficiais* ou *profissionais públicos independentes* formam, no exercício privado de função pública, uma figura ímpar, que, sem se confundir com nenhuma outra, tem algo dos profissionais liberais, um pouco dos funcionários e muito da concessão de serviços públicos” (grifo no original) (*Regulação da função pública notarial e de registro*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 93).

16. Vale lembrar que o juiz arbitral profere uma sentença de caráter imperativo que deverá ser cumprida pelas partes; caso haja descumprimento da decisão, a parte poderá buscar a execução da sentença em juízo para ver seu direito ser entregue satisfatoriamente.

17. ARRUDA ALVIM, José Manuel. Obrigações de fazer e não fazer: direito material e processo. Revista de Processo. São Paulo, SP, a. 25, v. 99, p.27-39, jul./set. 2000, p. 30.

18. MARCATO, Antonio Carlos. Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada. Disponível em [www.cursomarcato.com.br/admin/mod\\_ac/doutrinas/07.doc](http://www.cursomarcato.com.br/admin/mod_ac/doutrinas/07.doc). Acesso 29 set. 2013.

Nesse sentido, a desjudicialização pode ser identificada como uma tutela diferenciada que autoriza a resolução de impasses jurídicos na via extrajudicial, colaborando para que se relegue ao Poder Judiciário exclusivamente os casos em que há lide e a respectiva solução só possa ocorrer pela subsunção, que deve operar nas situações em que é forçoso que o Estado exerça sua função precípua de declarar o direito em caráter definitivo.

As serventias extrajudiciais contribuem para a resolução de uma série de problemas jurídicos, conferindo maior segurança jurídica às relações e evitando a judicialização de um considerável número de procedimentos tanto de jurisdição contenciosa quanto voluntária<sup>19</sup>. Isso restringe a intervenção do Estado na vida privada das pessoas, favorecendo o exercício da cidadania e o fortalecimento da responsabilidade social.

Vale destacar que o fomento à via extrajudicial não configura iniciativa recente e pode ser identificada em diversas exitosas iniciativas legislativas.

Em 1979, a Lei nº 6.766 permitiu o depósito, no Registro de Imóveis, de prestações relativas a aquisições de lotes e a notificação dos adquirentes também por meio do Registro imobiliário<sup>20</sup>.

Em termos de paternidade, a Lei 8560/92 criou importante iniciativa para buscar o reconhecimento voluntário do vínculo paterno-filial tendo como ponto de partida o vínculo da criança<sup>21</sup>.

A Lei nº 9.514/97 instituiu a alienação fiduciária em garantia para promover grande dinamização dos financiamentos imobiliários e diminuir percalços inúteis, visando a minimizar a morosidade na execução. Essa lei facilitou a alienação do imóvel dado em fidúcia, dando segurança ao mercado creditício e prestigiando o direito a habitação<sup>22</sup>.

---

19. Sobre a complexidade da atuação notarial, Carlos Luiz Poisl faz considerações que certamente aplicam-se à atuação registral: “O tabelião, como técnico, deve assumir essa condição, e, como tal, auscultar a vontade das partes e formalizá-las, conferindo-lhe autenticidade de prova plena, ao conformá-la com a lei, consoante sua livre interpretação, adequada à doutrina e à jurisprudência. Por mais exuberantes que sejam as normas que restrinjam esse poder de decisão do tabelião, elas nunca poderão prever todas as situações concretas que podem aflorar da negociação privada, diante da complexidade do relacionamento das pessoas, conjugado com a infinita multiplicidade de inovações decorrentes dos avanços tecnológicos modificadores do comportamento” (“O tabelionato e o Poder Judiciário”, Revista de direito notarial, ano 1, nº 1, São Paulo, Quartier Latin, jul-set. 2009, p. 69).

20. Lei nº 6.766/79, art. 38, § 1º Ocorrendo a suspensão do pagamento das prestações restantes, na forma do caput deste artigo, o adquirente efetuará o depósito das prestações devidas junto ao Registro de Imóveis competente, que as depositará em estabelecimento de crédito, segundo a ordem prevista no inciso I do art. 666 do Código de Processo Civil, em conta com incidência de juros e correção monetária, cuja movimentação dependerá de prévia autorização judicial; § 4º Após o reconhecimento judicial de regularidade do loteamento, o loteador notificará os adquirentes dos lotes, por intermédio do Registro de Imóveis competente, para que passem a pagar diretamente as prestações restantes, a contar da data da notificação.

21. Lei nº 8.560/92, Art. 2º Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação

22. Segundo Marcelo Terra, “a lei do SFI traz grandes novidades ao setor empresarial imobiliário, com enormes reflexos operacionais e jurídicos, comportando as análises mais variadas possíveis, sob enfoques bem diversos,

Em 2004, a Lei nº 10.931, modificando o art. 213 da Lei nº 6.015/73, autorizou a retificação administrativa de área e de registro imobiliário, destacando a desnecessidade de intervenção judicial e a possibilidade de conciliar os interesses das partes.

Grande marco no direito sucessório e de família, a Lei nº 11.441/2007 autorizou a realização de separações, divórcios e inventários na esfera administrativa desde que cumpridos certos requisitos, representando um notável avanço para a sociedade brasileira<sup>23</sup>.

Em 2008, a Lei nº 11.790 alterou a Lei nº 6.015/73 para possibilitar o registro de nascimento tardio, inclusive com certa produção probatória<sup>24</sup>.

Merece ainda destaque Lei nº 11.977/09, que previu a legitimação de posse e a posterior aquisição de propriedade por usucapião<sup>25</sup> sem necessária passagem judiciária<sup>26</sup>.

Esses são exemplos riquíssimos da contribuição que pode ser dada pelas Serventias Extrajudiciais ao Sistema de Justiça. Vale lembrar que os cartórios oferecem serviço público, mas atuam com responsabilidade própria e individual.

Para melhor aclarar a matéria, passa-se ao entendimento das bases constitutivas das atividades cartorárias, pois certamente será possível melhor compreender os preceitos que circundam esses agentes e aprofundar as possibilidades ligadas a eles, refinando os caminhos que podem levar ao aprimoramento do Sistema de Justiça atual<sup>27</sup>.

---

conforme o interesse envolvido” (*Alienação fiduciária de imóveis em garantia*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 15).

23. TARTUCE, Fernanda. TARTUCE, Flávio. Lei nº 11.441/2007: diálogos entre Direito Civil e Direito Processual Civil quanto à separação e ao divórcio extrajudiciais. Disponível em [http://www.fernandatartuce.com.br/site/artigos/cat\\_view/38-artigos/43-artigos-da-professora.html?start=10](http://www.fernandatartuce.com.br/site/artigos/cat_view/38-artigos/43-artigos-da-professora.html?start=10). Acesso 29 set. 2013.
24. Lei nº 6015/73, Art. 46. As declarações de nascimento feitas após o decurso do prazo legal serão registradas no lugar de residência do interessado. § 1º O requerimento de registro será assinado por 2 (duas) testemunhas, sob as penas da lei; § 3º O oficial do Registro Civil, se suspeitar da falsidade da declaração, poderá exigir prova suficiente. § 4º Persistindo a suspeita, o oficial encaminhará os autos ao juízo competente.
25. Lei nº 11.977/09, Art. 60. Sem prejuízo dos direitos decorrentes da posse exercida anteriormente, o detentor do título de legitimação de posse, após 5 (cinco) anos de seu registro, poderá requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro de propriedade, tendo em vista sua aquisição por usucapião, nos termos do art. 183 da Constituição Federal.
26. João Pedro Lamana Paiva afirma, com vistas ao direito português, que “uma das formas que se destacaram foi o procedimento da usucapião extrajudicial adotado em Portugal. Nesse caso, a declaração da usucapião cabe ao notário, através da escritura pública de justificação de posse, título este que, depois, é acolhido pelo Registrador Imobiliário. A adoção dessa sistemática no ordenamento jurídico brasileiro, além de ser viável, é compatível com o princípio da função social da propriedade, da duração razoável do processo e da segurança jurídica”. E arremata: “A adoção do procedimento extrajudicial traria grandes benefícios ao direito pátrio: agilidade, simplicidade, celeridade e segurança jurídica. Mesmo havendo impasse, o procedimento já seria enviado ao Judiciário com provas robustas e em etapa avançada. Ao Juiz do caso, então, seria facultado, antes de proferir a decisão, a oitiva das partes e a produção de mais provas, se assim entendesse necessário” (“Novas perspectivas de atos notariais: usucapião extrajudicial e sua validade no ordenamento jurídico brasileiro”, *in Revista de direito notarial*, ano 1, nº 1, São Paulo, Quartier Latin, jul-set. 2009, p. 126).
27. Nesse sentido, segundo Leonardo Brandelli, “as características das quais é dotado, consistentes no assessoramento jurídico imparcial das partes, permite que haja agilização dos negócios jurídicos importantes e redução dos custos de transação e custos derivados de litígios” (*Teoria Geral do direito notarial*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 70).

#### 4. SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS NO BRASIL

Antes de adentrar na análise propriamente dita das hipóteses relacionadas à desjudicialização no novo Código de Processo Civil, é preciso frisar algumas características das Serventias Extrajudiciais no sistema brasileiro<sup>28</sup>.

Com a Constituição de 1988 e a Lei nº 8.935/94 fixaram-se importantes características, sobretudo apresentando notários e registradores como profissionais do direito<sup>29</sup>. Nada mais razoável, uma vez que eles são assessores jurídicos imparciais e auxiliam todos os envolvidos na relação jurídica, redigindo os instrumentos necessários ao fim que pretendem as partes<sup>30</sup>.

Claro exemplo dessa assertiva é a colheita da manifestação dos nubentes realizada pelos Registradores Cíveis na habilitação do casamento. Esses profissionais fazem o controle da alteração do nome e da escolha do regime de bens pelos noivos, informando as partes sobre as possibilidades jurídicas e evitando desavenças futuras.

De modo geral, os Tabeliães instrumentalizam negócios jurídicos de toda ordem, dando forma legal à vontade das partes, agregando segurança jurídica e celeridade às relações<sup>31</sup>.

Enquanto os atos notariais afetam e vinculam diretamente as partes envolvidas, evitando condutas que não se coadunam com o ordenamento pátrio, os atos registrares têm efeitos externos, decorrentes da ampla publicidade que autorizam sua eficácia *erga omnes*; ambos são igualmente importantes e se complementam reciprocamente.

O ingresso dos profissionais na carreira se dá por aprovação em concurso público de provas e títulos, após o qual lhe é delegado o exercício da atividade notarial – que segue sob a fiscalização do Poder Judiciário e com exercício privado. Vale frisar que não há liberdade para instalar novas serventias extrajudiciais, sendo que o número predeterminado segue a necessidade e a observância de critérios preestabelecidos.

28. Segundo Erick Deckers, “assegurar a justiça é uma prerrogativa do Estado, a qual, no domínio da justiça restaurativa preventiva não contenciosa, se encontra confiada ao notário. O notário atribui ao acto a força que se liga à autenticidade, seja força probante, seja força executiva. Desde logo, o notário exerce uma parcela do poder do Estado” (*Função Notarial e deontologia*, Almedina, 2005, tradução de Albino Matos, p. 20).

29. Cf. art. 236 da CF/88 e art. 3º da Lei nº 8.935/94.

30. Para Luís Paulo Aliende Ribeiro, “o exercício independente e responsável dessa atuação jurídica tem por pressuposto a capacitação jurídica dos notários e registradores, requisito que se apresenta em todas as especialidades e se verifica pelo desempenho de uma atividade de qualificação”. *Revista dos Tribunais*, 2006, p. 785, esclarece que “o julgador *adjudica* uma solução, entre outras em tese possíveis, pondo fim ao conflito existente entre as partes. O julgador aplica uma norma ao caso concreto, eliminando a controvérsia reinante entre as partes. A solução adjudicada diz respeito a uma aplicação normativa sobre a qual divergem as partes podendo ter por referência” (*Regulação da função pública notarial e de registro*, *ob. Cit.*, p. 86).

31. Segundo Luís Paulo Aliende Ribeiro, “A complexidade das relações jurídicas e a relevância dos efeitos da atuação dos notários e registradores nos direitos e interesses de terceiros impõem a reunião, nestes profissionais oficiais, de ambos os saberes, para que o juízo prudencial se efetive, na solução prática dos casos concretos, por pessoa dotada de conhecimentos jurídicos suficientes para a fundamentação e motivação de seus atos, o que se constitui em pressuposto indeclinável do exercício destas funções públicas com independência e autonomia jurídica” (*Regulação da função pública notarial e de registro*, *ob. Cit.*, p. 90).

Além de tudo isso, há atribuição de fé pública, que é o fundamento da atividade exercida por esses profissionais do direito, a quem são delegados o exercício da atividade notarial e registral. A fé pública é a essência da delegação, estando intimamente ligada à individualização com que é concedida; justamente por isso não pode ser transmitida *inter vivos* ou *causa mortis* e seus efeitos permanecem após a extinção da delegação pela consubstanciação nos livros da serventia.

Aquele que recebe tal delegação atua pessoalmente exercendo apenas função pública, sem cargo público ou quadro de carreira, e encontra limite na responsabilização civil pessoal por todos os atos praticados sob sua titularidade.

Vale destacar que a finalidade é tornar autênticos os atos praticados, transformando-os em instrumentos de prova<sup>32</sup> somente contestáveis em juízo, visando à promoção da segurança jurídica e da paz social; para atender tal desiderato, os atos praticados devem observar a forma legalmente exigida.

É pela fé pública que se atribui eficácia à vontade das partes, declarando, constituindo ou extinguindo direitos subjetivos. Verifica-se ainda tal fé nos traslados e certidões expedidos por notários e registradores dos atos lavrados ou dos documentos arquivados na serventia.

Essa verdade formal está relacionada com a autenticidade na geração de documentos, que ocorre com a observância dos critérios legais. Assim, percebe-se que a fé pública é uma forma de declarar que um ato ou documento está conforme os padrões legais, conferindo estabilidade às relações sociais e segurança jurídica, valores fundamentais no mundo atual. Não há dúvida de que a veracidade é uma das finalidades primordiais das atividades notarial e registral, tendo como arremate a realização do ordenamento jurídico. A análise de suas características, sobretudo a fé pública com que atuam, a individualização da delegação e a prestação imparcial de assessoramento jurídico, ratifica que notários e registradores devem ser vistos cada vez mais como coadjuvantes importantes no refinamento do Sistema de Justiça<sup>33</sup>.

## 5. ANÁLISE DE PREVISÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PROJETADO

Ao buscar o tema no Código de Processo Civil<sup>34</sup>, diversas previsões ligadas aos cartórios extrajudiciais são localizadas, o que demonstra que o legislador está atento à importância da via extrajudicial.

32. CC, art. 215; CPC, arts. 365, II e 369.

33. Para Erick Deckers, “a integração da função pública notarial na justiça do Estado é ilustrada enfaticamente pela força executiva dos atos notariais, que os situa ao nível das sentenças e dos despachos do poder judicial” (*Função Notarial e deontologia*, ob. Cit., p. 39).

34. A versão utilizada é a enviada à Câmara em julho de 2013 e se encontra disponível em <http://atualidadesdo-direito.com.br/delloro/files/2013/07/ncpc-aprovado-comissao-camara-jul13.pdf>. Acesso 18 set. 2013.

Em alguns momentos, constata-se que a previsão normativa contempla uma ampliação, favorecendo soluções consensuais pacificadas de forma administrativa – favorecendo um sistema mais célere e menos custoso; em outros, porém, mostra-se menos integrativo e conserva soluções exigindo a desnecessária chancela judicial.

Passa-se a comentar as regras que contemplam a temática e, ao final, são pontuadas as perdas de oportunidade de ampliar a visão sobre o tema.

### 5.1. Ata notarial.

No capítulo das Provas passa a haver uma seção<sup>35</sup> específica para contemplar a Ata notarial. A previsão representa um avanço, já que a ata notarial, por sua natureza, constitui um valioso instrumento probatório por conferir autenticidade aos fatos que o notário afirma que ocorreram em sua presença, em decorrência da fé pública própria do notário.

Para Leonardo Brandelli, a ata notarial é “o instrumento público mediante o qual o notário capta, por seus sentidos, uma determinada situação, um determinado fato, e o traslada para seus livros de notas ou para outro documento. É a apreensão de um ato ou fato, pelo notário, e a transcrição dessa percepção em documento próprio”<sup>36</sup>.

Por meio da ata notarial, o notário materializa os acontecimentos com imparcialidade e autenticidade, pré-constituindo prova sobre páginas eletrônicas, sites ou outros documentos eletrônicos, como e-mails ou mensagens de celular, fixando um fato. Por esse meio também é possível provar fatos caluniosos, injúrias e difamações. Trata-se de uma forma interessante de registro, sobretudo porque é robustecida pela fé pública com que é constituída.

Sua eficácia *juris tantum* tem o condão de transferir o ônus da prova àquele que pretender provar o equívoco contido no documento público; tal inversão do ônus probatório, por si só, é causa suficiente para tirar dos cobiçosos o desejo de, na esperança de sucesso, deduzirem demandas infundadas.

### 5.2. Força probante dos documentos

O art. 412 reconhece a força probante dos documentos públicos<sup>37</sup>; embora não seja uma novidade, a previsão enaltece a importância da via extrajudicial no Sistema

35. Seção III – Da ata notarial. Art. 391. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião. Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.

36. Cf. *Teoria geral do direito notarial*, ob. cit., p. 249. Segue na mesma linha o posicionamento de Paulo Roberto Gaiger Ferreira e Felipe Leonardo Rodrigues, *Ata notarial – doutrina, prática e teoria*, São Paulo, Quatier Latin, 2010, p. 98, ao afirmarem que “A ata notarial é o instrumento público pelo qual o tabelião, ou preposto autorizado, a pedido de pessoa interessada, constata fielmente os fatos as coisas, pessoas ou situações para comprovar sua existência, ou o seu estado”.

37. Projeto de NCPC, Art. 412. O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença.

de Justiça, que certamente será ampliada pela crescente digitalização das informações cartorárias.

As Serventias Extrajudiciais são depositárias de uma infinidade de informações de extremo relevo para a sociedade, ora subjetivas, voltadas para o estado das pessoas, ora objetivas, voltadas aos bens móveis, imóveis e uma série de direitos.

Com a digitalização de seus acervos e a criação de diversas centrais, tais como a Central de Registro Civil – CRC<sup>38</sup> e a Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados – CENSEC<sup>39</sup>, todas essas informações poderão ser acessadas de maneira mais rápida e segura, evitando fraudes de toda ordem.

Com isso, haverá grande facilidade no trânsito de informações, o que demonstra mais uma vez a importância no desenvolvimento de documentos públicos, certidões e traslados, com presunção de veracidade *iuris tantum*.

### 5.3. Conversão de documento eletrônico para o meio físico

A conversão de documento eletrônico para o meio físico, previsto no art. 446<sup>40</sup>, está sendo incrementado em São Paulo pela autenticação de documentos, conforme dispõe o Provimento CG nº 22/2013<sup>41</sup>, atendendo a necessidade da migração de documentos em papel para documentos eletrônicos e vice-versa, com inteira confiabilidade de trânsito.

O incremento da portabilidade e autonomia desses documentos só será possível com a verificação de validade por consultas a sistemas *online*, que estão sendo prontamente desenvolvidos para atender essa nova demanda: materialização e desmaterialização de documentos digitais.

### 5.4. Demarcação e divisão por escritura.

Nova previsão no NCPC<sup>42</sup> apresentará a possibilidade de demarcação e divisão por escritura pública se houver consenso entre os interessados.

A hipótese retrata um claro exemplo do fomento à desjudicialização, iniciativa que vem sendo possibilitada para pacificar situações por escritura sem a necessidade de chancela judicial.

38. Essa central foi instituída no Estado de São Paulo pelo Provimento nº 19/2012 em parceria com a Associação dos Registradores de Pessoas Naturais do Estado de São Paulo – ARPEN/SP, que implantou e opera o sistema, constituído por um banco de dados para a consulta de informações sobre nascimento, casamento e óbito das pessoas naturais pela internet, com a possibilidade de expedir certidão.

39. Interligando todos os cartórios brasileiros que praticam atos notariais, essa central permite a consulta de escrituras, procurações, testamentos, separações, divórcios e inventários, com atuação do Colégio Notarial do Brasil – CNB.

40. Projeto de Novo CPC, seção VIII, Dos documentos eletrônicos. Art. 446. A utilização de documentos eletrônicos no processo convencional dependerá de sua conversão à forma impressa e de verificação de sua autenticidade, na forma da lei.

41. Cf. <https://www.extrajudicial.tjsp.jus.br/pexPtl/visualizarDetalhesPublicacao.do?cdTipopublicacao=3&nuSequpublicacao=127>, acessado em 22.09.2013.

42. Projeto de NCPC, Art. 585. A demarcação e a divisão poderão ser realizadas por escritura pública, desde que maiores, capazes e concordes todos os interessados, observando-se, no que couber, os dispositivos deste Capítulo.

A intensa valorização da autonomia privada vem gerando transformações no modo de ser das relações jurídicas<sup>43</sup>.

A previsão demonstra de forma cristalina que o sistema jurídico está pronto para valorizar cada vez mais o consenso, premiando as pessoas que o obtêm com o reconhecimento da força de sua autonomia de modo célere e eficaz.

## 5.5. Inventário administrativo

O art. 625<sup>44</sup> traz importante ampliação de hipótese do inventário em cartório passando a prever tal possibilidade mesmo havendo testamento ou herdeiro incapaz.

Desde o advento da Lei 11.441/07, os atos de separação e divórcio extrajudiciais vêm sendo praticados com agilidade e segurança jurídica pelos Tabeliães de Notas de todo o Brasil, contribuindo para a desburocratização de procedimentos.

Verifica-se oportuna a ampliação da possibilidade de realização de inventários e partilhas também nas hipóteses em que o autor da herança tenha deixado testamento ou herdeiro incapaz, desde que haja consenso entre os herdeiros, contando o ato notarial, nestes casos, com a necessária intervenção do Ministério Público para a cautela dos interesses indisponíveis envolvidos.

A atual redação do artigo 982<sup>45</sup> possibilita a lavratura de inventários e partilhas extrajudiciais desde que inexistam testamento ou interesse de menores ou incapazes; tal avanço, contudo, ainda é tímido se comparado às práticas adotadas pelas modernas nações que, como o Brasil, adotam o sistema do notariado latino.

É mister que se avance no movimento de desjudicialização e desburocratização de procedimentos, reservando-se ao Poder Judiciário a apreciação dos casos onde existam efetivos conflitos de interesse.

Na hipótese de haver testamento ou interessado incapaz, a intervenção do Ministério Público será suficiente para o resguardo dos interesses indisponíveis envolvidos.

Cumprido salientar que é ínsita à função tabelioa a lavratura de testamentos públicos e a aprovação de testamentos cerrados, o que torna o tabelião o agente naturalmente apto para fazer cumprir tais disposições quando não houver lide entre os herdeiros.

Importa salientar, ainda, que a alteração sugerida reserva à apreciação judicial somente os casos litigiosos que reclamam a intervenção judicial para sua solução.

43. TARTUCE, Fernanda. *Processo Civil aplicado ao Direito de Família*. São Paulo: Método, 2012, p. 25.

44. Projeto de NCPC, Art. 625. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem assim para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

45. CPC, Art. 982. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário

## 5.6. Divórcio e extinção de união estável consensuais

O CPC passará a contar o CPC com nova previsão<sup>46</sup> sobre a possibilidade de celebrar em cartório não só divórcio amigável, mas também a extinção de união estável consensual, desde que não haja filhos menores ou incapazes e sejam cumpridos os requisitos legais.

O planejamento familiar, que envolve a duração do vínculo e o projeto de ter ou não filhos, entre outras diretrizes, pertence, decisivamente, à escolha do casal. Há algum tempo o Estado vem revendo sua participação na finalização das uniões; ao valorizar a autonomia privada, revela sua intenção de facilitar às pessoas a regularização de sua situação jurídica<sup>47</sup>.

Como visto, a tendência é contemplar a autonomia privada em todas as circunstâncias possíveis. Assim, deve ser ampliada a possibilidade de divórcio e extinção de união estável consensuais pela via administrativa para incluir também casais que tenham filhos incapazes, casos em que deverá participar do ato o Ministério Público para acautelar os interesses dos incapazes.

## 5.7. Averbação da execução no RI

O art. 807 § único<sup>48</sup> traz a possibilidade de averbação premonitória, instrumento processual-registrário apto a conferir segurança ao mercado imobiliário por evitar a fraude de execução e consagrar o princípio da concentração no Registro de Imóveis. O imóvel não será afetado diretamente, mas essa averbação terá efeito quase coativo sobre o devedor, além de demonstrar a má-fé em quaisquer aquisições.

---

46. Projeto de NCP, Art. 748. O divórcio e a separação consensuais e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro, filhos menores ou incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 746. § 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem assim para levantamento de

importância depositada em instituições financeiras. § 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial

47. TARTUCE, Fernanda. *Processo Civil aplicado ao Direito de Família*. São Paulo: Método, 2012, p.227.

48. Projeto de NCP, Art. 807. Se a execução tiver por objeto obrigação de que seja sujeito passivo o proprietário de terreno submetido ao regime do direito de superfície, ou o superficiário, responderá pela dívida, exclusivamente, o direito real do qual é titular o executado, recaindo a penhora ou outros atos de constrição exclusivamente sobre o terreno, no primeiro caso, ou sobre a construção ou plantação, no segundo caso. Parágrafo único. Os atos de constrição a que se refere o caput serão averbados separadamente na matrícula do imóvel, no Registro de Imóveis, com a identificação do executado, do valor do crédito e do objeto sobre o qual recai o gravame, devendo o Oficial destacar o bem que responde pela dívida, se o terreno ou a construção ou a plantação, de modo a assegurar a publicidade da responsabilidade patrimonial de cada um deles pelas dívidas e obrigações que a eles estão vinculadas

## 5.8. Escritura pública de alimentos e prisão do devedor inadimplente

Segundo a novel redação do art. 927 do Projeto, “na execução fundada em título executivo extrajudicial que contenha obrigação alimentar, o juiz mandará citar o executado para, em dez dias, efetuar o pagamento das parcelas anteriores ao início da execução e das que se vencerem no seu curso, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo”. Dispõe o parágrafo único de tal dispositivo que se aplicam, no que couber, os §§ 1º a 6º do art. 542<sup>49</sup>.

A previsão é importante porque por muito tempo houve resistência em reconhecer a possibilidade de prisão na hipótese de inadimplemento de obrigação alimentar prevista em título extrajudicial<sup>50</sup>.

Não há como prevalecer tal entendimento restritivo, já que a Constituição Federal<sup>51</sup> não prevê diferença na execução por prisão em razão do ambiente e/ou instrumento onde foi reconhecida a obrigação alimentar. Tampouco a Lei de Alimentos limita a possibilidade, já que previsão expressa<sup>52</sup> menciona a possibilidade de prisão por decisões ou acordos alimentares descumpridos.

Nesse sentido, andou muito o bem o projeto de Novo CPC, que passou a se alinhar a coerentes precedentes judiciais sobre o tema<sup>53</sup>.

49. Projeto de NCP, art. 542. No cumprimento de sentença que condena ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixa alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para pagar o débito em dez dias. Caso o executado, nesse prazo, não efetue o pagamento, prove que o efetuou ou apresente justificativa da impossibilidade de efetuá-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 531. § 1º Somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento. § 2º Se o executado não pagar, ou não for aceita a justificação apresentada, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do *caput*, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de um a três meses. § 3º A prisão será cumprida em regime semiaberto; em caso de novo aprisionamento, o regime será o fechado. Em qualquer caso, o preso deverá ficar separado dos presos comuns; sendo impossível a separação, a prisão será domiciliar. § 4º O cumprimento da pena não exime o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas. § 5º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão. § 6º O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.

50. Sobre o tema, há maior desenvolvimento no seguinte artigo: TARTUCE, Fernanda. A execução dos alimentos fixados em escritura pública. In: Mirna Cianci; Rita Quartieri; Luiz Eduardo Mourão; Ana Paula Chiovitti Giannico. (Org.). Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 207-226. Disponível em [http://www.fernandatartuce.com.br/site/artigos/cat\\_view/38-artigos/43-artigos-da-professora.html?start=10](http://www.fernandatartuce.com.br/site/artigos/cat_view/38-artigos/43-artigos-da-professora.html?start=10). Acesso 25 set. 2013.

51. CF, art. 5º, LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia (...)

52. Lei 5478/68, Art. 19. O juiz, para instrução da causa ou na execução da sentença ou do acordo, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias

53. Por todos, merece destaque importante acórdão do STJ: “1. Diante da essencialidade do crédito alimentar, a lei processual civil acresce ao procedimento comum algumas peculiaridades tendentes a facilitar o pagamento do débito, dentre as quais destaca-se a possibilidade de a autoridade judicial determinar a prisão do devedor. 2. O acordo referendado pela Defensoria Pública estadual, além de se configurar como título executivo, pode ser executado sob pena de prisão civil. 3. A tensão que se estabelece entre a tutela do credor alimentar versus o direito de liberdade do devedor dos alimentos resolve-se, em um juízo de ponderação de valores, em favor

## 5.9. Oportunidades perdidas.

Apesar de ter avançado no número de previsões, ainda houve alguns lapsos por parte do legislador, que perdeu boa chance de contemplar mais situações ligadas à desjudicialização.

O art. 149 menciona os diversos auxiliares da Justiça, mas não contempla os agentes das serventias extrajudiciais; o legislador perdeu uma excelente oportunidade de ratificar a posição de notários e registradores no sistema de Justiça. Afinal, auxiliares do Poder Judiciário que são, não poderiam ter ficado de fora dessa regra.

No art. 429 há previsão da reprodução mecânica de documentos; nesse contexto, a ata notarial poderia ter sido prevista, pois é o meio mais adequado de instrumentalizar tal prova.

O art. 741 traz a previsão da notificação, mas deixa de mencionar as possibilidades ligadas ao Registro de Títulos e Documentos, que realiza tal intento de forma extrajudicial. A notificação é entregue pelo cartório e se torna documento comprobatório de que o destinatário recebeu a notificação e tomou conhecimento do seu teor<sup>54</sup>. Ademais, o texto do documento e a comprovação de sua entrega ficam perpetuados pelo registro realizado na serventia, conferindo maior segurança jurídica ao ato.

## 6. CONCLUSÕES

A segurança jurídica é sem sombra de dúvida um dos mais importantes valores buscados pela sociedade moderna e não precisa ser obtido apenas com a manifestação do Poder Judiciário em última instância.

Se o direito viabiliza a convivência em sociedade e o Poder Judiciário é o principal responsável pela resolução de conflitos, revela-se não só conveniente, mas de fato imprescindível, a previsão de inúmeras formas de assegurar aos cidadãos a efetivação de direitos, sobretudo por refletir acesso à ordem jurídica justa.

É importante conceber a existência de instrumentos que fortaleçam o desenvolvimento das relações jurídicas e evitem processos desnecessários.

Por toda análise aqui feita, não resta dúvida de que a segurança jurídica das relações interpessoais pode ser incrementada de várias formas pela utilização das serventias extrajudiciais fomentando a paz social<sup>55</sup>, principalmente por privilegiar a prevenção e

---

do suprimimento de alimentos a quem deles necessita (...)" ((REsp 1117639-MG, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, Dje 21.02.2011).

54. A notificação extrajudicial pode ser utilizada em várias situações – por exemplo, para responsabilizar pessoas, chamar à autoria, constituir devedores em mora e solicitar o cumprimento de obrigações, tudo com a prova inequívoca da entrega. Como se percebe, ela pode ser usada como eficiente aliada na prevenção de conflitos.

55. Para Marcelo Figueiredo, “Análise da importância da atividade notarial na prevenção dos litígios e dos conflitos sociais”, in *Revista de Direito Notarial*, ano 2, nº 2, São Paulo, Quartier Latin, set.2009 – mai.2010, p. 120, “O princípio da segurança jurídica incide de forma múltipla no exercício da função notarial. Incide, primeiro, pelo fato de que a busca de segurança jurídica pelas sociedades é a causa central da sua existência histórica, sendo fortemente demandada em uma sociedade capitalista moderna como a nossa. Incide, segundo, no próprio

a viabilidade de instrumentos voltados à resolução de situações controvertidas, dispensando a judicialização e permitindo a realização voluntária do direito.

Nesse sentido, andou muito bem o Projeto de Novo Código de Processo Civil ao trazer regras explícitas que reconhecem o valor da desjudicialização.

A via extrajudicial pode contribuir sobremaneira para a eficiência probatória por meio da ata notarial, eficiente mecanismo de aferição e reconhecimento de fatos com fé pública. Atuar nos cartórios é ótimo para promover celeridade e eficiência na regularização de situações jurídicas e passará, no Novo CPC, a ser viável em casos de divisão e demarcação de terras, extinção de casamento e de união estável e inventários em que está presente o consenso.

A averbação no registro de imóveis também deverá colaborar para a eficiência da execução. Da mesma maneira, a previsão expressa de que obrigações alimentares descumpridas previstas em títulos executivos extrajudiciais poderão ensejar prisão ensejará maior coerência e efetividade ao sistema.

Como bem asseverou o filósofo inglês e estadista Francis Bacon, o homem deve criar as oportunidades e não somente encontrá-las. O legislador do Projeto do Novo CPC fez sua parte; espera-se que os operadores do direito experimentem as chances oferecidas e aproveitem as vantagens que a via extrajudicial proporciona.

## 7. BIBLIOGRAFIA

- ARRUDA ALVIM, José Manoel. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – sua evolução ao lado do direito material. In: Teixeira, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- \_\_\_\_\_. Obrigações de fazer e não fazer: direito material e processo. *Revista de Processo*. São Paulo, SP, a. 25, v. 99, p.27-39, jul./set. 2000
- BORTZ, Marco Antonio Greco Bortz. “A desjudicialização – um fenômeno histórico e global”, in *Revista de Direito Notarial*, ano1, nº 1, São Paulo, Quartier Latin, jul-set. 2009.
- BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- DECKERS, Erick Deckers. *Função notarial e deontologia*. Tradução de Albino Matos. Almedina, 2005.
- DIP, Ricardo, et all. *Introdução ao direito notarial e registral*. São Paulo: Safe editores, 2004.
- DOMINGUES, Claudia, et all. *Separação, Divórcio e Inventário em Cartório*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.
- FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger e RODRIGUES, Felipe Leonardo. *Ata notarial – doutrina, prática e teoria*. São Paulo: Quatier Latin, 2010.
- FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004. Tradução coordenada por Carlos Alberto de Salles.

---

regime jurídico da função administrativa que o notário exerce por delegação do Poder Público. E terceiro, incide na própria finalidade jurídica dos atos notariais em si mesmos considerados”.

- FIGUEIREDO, Marcelo. “Análise da importância da atividade notarial na prevenção dos litígios e dos conflitos sociais”, in *Revista de Direito Notarial*, ano 2, nº 2. São Paulo: Quartier Latin, set. 2009 – mai. 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. “O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário”, in *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.
- \_\_\_\_\_. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MARCATO, Antonio Carlos. Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada. Disponível em [www.cursomarcato.com.br/admin/mod\\_ac/doutrinas/07.doc](http://www.cursomarcato.com.br/admin/mod_ac/doutrinas/07.doc). Acesso 29 set. 2013.
- NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9ª edição. São Paulo: RT, 2006.
- PAIVA, João Pedro Lamana. “Novas perspectivas de atos notariais: usucapião extrajudicial e sua validade no ordenamento jurídico brasileiro”, in *Revista de Direito Notarial*, ano1, nº 1. São Paulo: Quartier Latin, jul-set. 2009.
- POISL, Carlos Luiz. “O tabelionato e o Poder Judiciário”, in *Revista de Direito Notarial*, ano1, nº 1. São Paulo: Quartier Latin, jul-set. 2009.
- RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. *Regulação da função pública notarial e de registro*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SADEK, Maria Tereza Sadek. “Judiciário: mudanças e reformas”, in *Estudos Avançados*, v. 18, nº 51, mai.-ago. 2004
- \_\_\_\_\_. “Judiciário e Arena Pública: um olhar a partir da ciência política”, in *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Coordenadores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, Rio de Janeiro, Forense, 2011.
- SALLES, Carlos Alberto de. “Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada”, in *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. Organização de Luiz Fux, Nelson Nery e Teresa Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- SANTOS, Reinaldo Velloso dos. *Registro civil das pessoas naturais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.
- TARTUCE, Fernanda. *A execução dos alimentos fixados em escritura pública*. In: Mirna Cianci; Rita Quartieri; Luiz Eduardo Mourão; Ana Paula Chiovitti Giannico. (Org.). *Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin*. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 207-226. Disponível em [http://www.fernandatartuce.com.br/site/artigos/cat\\_view/38-artigos/43-artigos-da-professora.html?start=10](http://www.fernandatartuce.com.br/site/artigos/cat_view/38-artigos/43-artigos-da-professora.html?start=10). Acesso 25 set. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Processo Civil aplicado ao Direito de Família*. São Paulo: Método, 2012.
- TARTUCE, Fernanda. TARTUCE, Flávio. Lei nº 11.441/2007: diálogos entre Direito Civil e Direito Processual Civil quanto à separação e ao divórcio extrajudiciais. Disponível em [http://www.fernandatartuce.com.br/site/artigos/cat\\_view/38-artigos/43-artigos-da-professora.html?start=10](http://www.fernandatartuce.com.br/site/artigos/cat_view/38-artigos/43-artigos-da-professora.html?start=10). Acesso 29 set. 2013.
- TERRA, Marcelo. *Alienação fiduciária de imóveis em garantia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- WATANABE, Kazuo. “Acesso à Justiça e sociedade moderna”, in *Participação e processo*, Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988.
- \_\_\_\_\_. Novas atribuições do Judiciário: necessidade de sua percepção e de reformulação da mentalidade. Disponível em <http://www.apmbr.com.br/editor/assets/pdf/Revista-EPM-Vol1.pdf>. Acesso 29 set. 2013.



# SISTEMA DE PRECEDENTES E SISTEMA DE NULIDADES NO NOVO CPC – NOTAS DE UMA HARMONIA DISTANTE

ERIK NAVARRO WOLKART<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO: O CAOS DO ATUAL – E DO FUTURO – SISTEMA DE NULIDADES DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O sistema de nulidades do direito processual civil brasileiro é caótico.

Talvez pelas dificuldades inerentes ao tema ou pela origem civilista da teoria das nulidades, ou ainda pelas dificuldades geradas pela confuso regime jurídico que lhes impõe o Código de Processo Civil em vigor, a verdade é que é grande o dissenso doutrinário a respeito da melhor configuração do sistema de nulidades processuais.

A doutrina sequer aquiesce quanto à denominação do tema. Os temas mais comuns são “teoria das nulidades processuais” ou “teoria das invalidades” processuais. No entanto, renomada doutrina encarta o tema sob o título de “defeitos dos atos processuais”, expressão com a qual concordamos<sup>2</sup>.

Todavia, nessa desarrumação, parece haver dois pontos de aparente consenso: (i) o processo civil, e não só ele, é, necessariamente, estruturado e organizado de modo formal<sup>3</sup>; (ii) a forma é importante para disciplinar a atividade processual, conferindo segurança jurídica aos cidadãos<sup>4</sup>, mas não deve ser prioridade no processo, cuja finalidade principal é, sem dúvida, resolver os problemas de direito material que atormentam as partes.

---

1. Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil (PUC/SP). Professor do Curso Ênfase Instituto Jurídico. Professor e palestrante da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado. Palestrante da Fundação Getúlio Vargas e membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Juiz Federal da Justiça Federal de Primeira Instância no Rio de Janeiro.

2. É a opinião de Leonardo Greco, para quem as expressões “nulidade” e “invalidade” são excludentes de outros defeitos que não acarretam a invalidade do ato processual, como as “irregularidades”. A expressão não contempla ainda os problemas relacionados à “inexistência” do ato processual. GRECO, Leonardo, *Instituições de Processo Civil, Vol I*, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 385.

3. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *Do formalismo no Processo Civil*, 4a. ed. Porto Alegre, Saraiva, 2010, p. 285.

4. Greco, Leonardo, op. cit. p. 386.

O consenso é aparente, porque, ainda aqui, é intensa a discordância sobre a tensão entre forma e liberdade. O princípio da *instrumentalidade das formas*, que deveria diagramar corretamente o problema, tem sido alvo de contendas entre os processualistas.

Uma rápida fotografia desse desacordo revelaria ao menos três linhas doutrinárias, todas elas com subdivisões, que podem ser assim identificadas: (i) a que vincula a instrumentalidade das formas às nulidades ditas *relativas*, considerando insuperáveis, a bem do interesse público, as nulidades absolutas<sup>5</sup>; (ii) a “ampliativa”, que descola a instrumentalidade das formas de qualquer tipo específico ou grau de nulidade, liberando o ato processual sempre que sua *finalidade* no processo for atingida, ou seja, sempre que não houver prejuízo identificável<sup>6</sup>; (iii) a que aponta para a imprecisão do princípio da instrumentalidade das formas, alertando para a falta de cientificidade na sua aplicação, propondo até mesmo sua reformulação<sup>7</sup>.

As implicações práticas da adoção dessa ou daquela formulação do princípio da instrumentalidade das formas – bem como do conceito que se dê ao termo *prejuízo*, são assustadoras, refletindo não só na teoria das nulidades, mas também no sutil equilíbrio de todo o modelo processual civil brasileiro, aproximando-o ou afastando-o de importantes princípios constitucionais que devem parametrizá-lo.

Posto isso, a verdade é que a teoria das nulidades ainda é obra inacabada, e isso já foi identificado pela doutrina<sup>8</sup>.

Nesse ponto, é preciso ressaltar os avanços do projeto do Novo Código de Processo Civil. Eles existem, mas são poucos.

No Projeto Barradas, as nulidades vêm reguladas entre os arts. 276 e 284. A nova legislação amplia claramente o âmbito do princípio da instrumentalidade das formas, que passa, inequivocadamente, a atuar também sobre as nulidades absolutas<sup>9</sup>. Mas o sistema continua carente na definição de *prejuízo* e na diferenciação entre as espécies de nulidades.

Entendemos que esse sistema de nulidades, trôpego e inacabado, tem tudo para entrar em colapso com a estruturação de um sistema de precedentes no processo civil brasileiro.

5. Por todos, MALACHINI, Edson Ribas, *Das nulidades no processo civil*, in *Doutrinas essenciais*, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 898.

6. BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do processo e técnica processual*, 2a. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 71.

THEODORO JR, Humberto, *As nulidades no Código de Processo Civil*, in *Doutrinas essenciais*, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 921, 922.

7. CABRAL, Antonio do Passo, *Nulidades no Processo Moderno*, 2a. ed, Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 89 a 99.

8. GRECO, Leonardo *Atos de disposição processual – primeiras reflexes*, in MEDINA, José Miguel Garcia *et alii*, *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. Estudos em homenagem à Prof. Teresa Arruda Alvim Wambier*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 302

9. O art. 277 do projeto não impõe qualquer restrição à necessidade de que haja prejuízo para o reconhecimento de nulidade

## 2. SISTEMA DE PRECEDENTES

É claro que, para nós, a premissa inafastável é a de que o Novo CPC claramente impõe um sistema de precedentes. Trata-se do último e mais importante capítulo de uma história que já se faz longa e que, de reforma em reforma, já vinha rascunhando um sistema de precedentes na legislação vigente. Senão vejamos.

Desde a Lei 9.756/98 – que alterou a redação do art. 557 do CPC aumentando os poderes do relator no processamento e julgamento de recursos para prestigiar a jurisprudência dos Tribunais Superiores, até a introdução dos arts. 543-A, 543-B e 543-C, foram criados diversos instrumentos de fortalecimento da eficácia dos precedentes, passando-se, inclusive, por alterações constitucionais importantes, levadas a efeito pela EC 45 de 08 de dezembro de 2004, que, dentre outras façanhas, trouxe-nos as súmulas vinculantes.

A jurisprudência contagiou-se com a “nova onda”, chegando o Superior Tribunal de Justiça ao ponto de determinar a suspensão de processos individuais para aguardar a formação do precedente no julgamento da “macrolide” sobre o mesmo tema, ao arpejo do *microsistema de tutela coletiva*, ainda em vigor<sup>10</sup>.

Por fim, o Projeto Barradas trás uma infinidade de institutos que prestigiam a força vinculante ou persuasiva dos precedentes, construindo as bases para um verdadeiro *direito jurisprudencial*<sup>11</sup>.

A preocupação com a efetivação desse *sistema de precedentes* ficou tão clara que mereceu atenção especial no relatório do Projeto, da forma que segue:

*O relatório manteve o sistema, acolhido no projeto aprovado pelo Senado Federal, de atribuir eficácia vinculante aos precedentes judiciais. Busca-se aperfeiçoá-lo, porém.*

*Em primeiro lugar, modifica-se topologicamente o trato do tema, levando-o para o capítulo que trata da sentença e da coisa julgada, de modo a deixar claro que se trata de atribuir eficácia vinculante aos provimentos judiciais finais.*

*Aperfeiçoa-se a terminologia do projeto, de modo a deixar clara a eficácia vinculante dos precedentes judiciais, regulamentando-se, também, a eficácia das decisões que superam os precedentes vinculantes, de forma a respeitar os princípios da segurança jurídica, confiança e isonomia.*

*Busca-se, ainda, regular os casos em que a eficácia vinculante não incide, de modo a permitir a correta distinção entre o caso que deu origem ao precedente vinculante e um caso concreto posterior que, por ser diferente daquele, não deva ser julgado da mesma maneira.*

Assim, se o respeito aos precedentes será uma realidade inavastável, a implementação desse sistema não ocorrerá sem efeitos colaterais. A considerar as fragilidades de nosso sistema de nulidades, imaginamos que, sem os devidos cuidados e adaptações, tais novidades poderão gerar estragos tectônicos. É essa a preocupação central desse trabalho e, no momento, temos mais perguntas do que respostas.

10. REsp 1.110.549-RS (Repetitivo), DJe 14/12/2009

11. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Direito Jurisprudencial*, São Paulo, RT, 2012, p. 5 e 6.

Não bastassem as agruras do sistema de nulidades, é preciso enfrentar os problemas que envolvem o conceito de precedente.

Não sem divergências pontuais, a doutrina tende a qualificar como precedente toda decisão judicial capaz de firmar-se como paradigma para orientação de outros magistrados. Tal atributo pode advir de características internas da decisão – o real enfrentamento dos principais argumentos referentes à questão de direito a que pertine o caso concreto, ou de fatores exógenos, pois, por vezes, um precedente forma-se a partir de reiterados julgamentos sobre o mesmo tema que, em conjunto, aferem os principais pontos jurídicos daquela matéria<sup>12</sup>.

O caráter persuasivo do precedente encontra-se na *ratio decidendi*, que é a tese, ou o princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório<sup>13</sup>. Existem aqui algumas dificuldades, e técnicas, para que o hermenauta possa *garimpar* a *ratio decidendi*, tema que será também objeto de nosso estudo. Acrescente-se, por hora, que no caso das súmulas – vinculantes ou não, tem-se facilitado o trabalho do intérprete, pela já anterior *decantação* do precedente pelo tribunal.

A doutrina deverá enfrentar os problemas conceituais aí existentes, pois não consideramos precisas as definições vigentes. Quando haja muitas decisões judiciais sobre o mesmo tema, qual delas seria *O Precedente*? Se for um conjunto, quando, e em que momento ele se forma?

Sem pretender impertinente aprofundamento para o momento, apontamos nesse trabalho apenas três dificuldades: (i) sendo o interesse sobre o tema relativamente recente em terras brasileiras, é natural que o momento seja de alguma imprecisão conceitual; (ii) a perfeita conceituação do precedente é tarefa árdua, visto que, mesmo no sistema anglo-americano, não se pode afirmar a existência de uma única e clara concepção a respeito<sup>14</sup>; (iii) não se pode simplesmente copiar conceitos do sistema anglo-americano, pois no *common law* vigoram características distintas como, por exemplo, a possibilidade, ao menos em tese, de se criarem precedentes em caráter *ex novo*, ou seja, sem que haja uma norma escrita anterior.

### 3. A REINVENÇÃO DO SISTEMA DE NULIDADES

Conforme mencionamos, a adoção de um *sistema de precedentes* deve implicar a recalibragem do *sistema de nulidades* do direito processual civil brasileiro.

Como primeiro passo, ante a ausência de norma específica no Projeto do novo CPC, sugerimos a simplificação da classificação das invalidades – preservada a tipologia dos demais defeitos dos atos processuais, como medida útil para melhor manejo do sistema.

12. MARINONI, Luiz Guilherme, *op. cit.*, p. 216.

13. TUCCI, José Rogério Cruz e, *Precedente judicial como fonte do direito*, São Paulo, RT, 2004, p. 12

14. TARUFFO, Michele. *Dimensiones del precedente judicial. Páginas sobre justicia civil*. Madrid. Marcial Pons, 2009, n33, p. 542

Assim, trataremos as nulidades como *nulidades sanáveis e nulidades insanáveis*, o que não chega a ser novidade na doutrina sobre o tema<sup>15</sup>.

### 3.1. O princípio da instrumentalidade das formas e o conceito dinâmico de prejuízo

Pensamos, e essa é a hipótese mais relevante, que a atual configuração do princípio da instrumentalidade das formas e do conceito de *prejuízo* não são suficientes para permitir a correta qualificação da nulidade como sanável ou insanável, ao menos quando estiver em jogo a aplicação/formação de precedente. E nesse ponto, afora a já apontada ampliação do âmbito de incidência do princípio da instrumentalidade, o projeto não trás outras alterações relevantes.

É que esses conceitos são estáticos, e **imaginamos uma configuração dinâmica para o conceito de prejuízo. Essa configuração deve ser retirada da ponderação dos interesses em jogo quando surgir a possibilidade da criação ou aplicação de um precedente que possa ser frustrada pela existência de uma nulidade no processo.**

Em resumo, diante do caso concreto, entre decidir pelo julgamento de mérito – aplicando/criando precedente, ou a extinção do feito sem resolução do mérito – o magistrado deverá identificar quais os direitos e interesses colocados em risco pela existência da nulidade, confrontando-os com os direitos e interesses a serem protegidos pela aplicação/criação do precedente. Note-se que, mesmo em demandas individuais, os interesses em tela podem ser coletivos ou públicos.

É patente, nesse ponto, a importância que assumirá a motivação da decisão judicial, que deverá ser caudalosa tanto para sanar quanto para declarar a nulidade. A técnica a ser utilizada aqui deve ser – até pelo prestígio que alcançou tem terras brasileiras – a da ponderação/sopesamento, conforme modelo proposto por Robert Alexy<sup>16</sup>.

Afastamo-nos, pelo menos *a priori*, de importante doutrina que substituiu o princípio da *instrumentalidade das formas* pelo princípio da *validade apriorística* dos atos processuais. Nessa interessante construção, defende-se a necessidade de maior ônus argumentativo para o ato de reconhecimento da nulidade, por conta de uma *preferência normativa* pela validade dos atos processuais<sup>17</sup>. Para nós, ao menos no que se refere aos processos que possibilitam a criação/aplicação de precedentes, a preferência do sistema é dinâmica e envolve a ponderação dos interesses em jogo.

Ainda que se devam investigar a miúdo as novidades constantes do projeto do novo Código de Processo Civil, que certamente trarão peculiaridades que não alcançaremos agora, trabalhamos com a hipótese de que segurança e igualdade são constantes nesse contexto, variando apenas em intensidade.

---

15. THEODORO JR, *op. cit.* p. 924.

16. Alex Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 94 a 120

17. CABRAL, Antônio do Passo, *op. cit.* p. 192

### 3.2. O incremento/desmonte apriorístico das formas – o outro lado da moeda

Outra hipótese a ser verificada nesse *novo sistema de nulidades* é a de incremento ou desmonte apriorístico de determinadas formalidades para o julgamento válido de processos criadores/aplicadores de precedentes. Neste ponto, pensamos que o Projeto do Novo CPC trás importantes contribuições.

Essa é tarefa que, em verdade, antecede a da análise dinâmica das nulidades. É saber se, antes mesmo de enfrentar o desrespeito à forma, deve haver aposição ou retirada de exigência formal em processos formadores/aplicadores de precedentes.

Institutos como a *tutela de evidência* – art. 306, III –, a *improcedência liminar do pedido* – art. 333 – o *incidente de resolução de demandas repetitivas* – arts. 988 a 1000 e seguintes – o *procedimento de julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos* – arts. 1049 a 1054 – deverão ser encarados com essa preocupação.

A título de exemplo: ainda que a lei não o faça, não estaria o princípio democrático a exigir formalidades proporcionadoras da abertura do procedimento para a ampla participação dos extratos sociais interessados na formação de precedente sobre determinado tema, quando do julgamento de recursos extraordinários repetitivos?

Como dissemos, em relação ao CPC vigente, o Projeto caminhou bastante. Em nosso sentir, a figura-chave aqui é o *amicus curiae*, e ela foi bastante prestigiada no projeto. Os *amice curiae* poderão se manifestar: (i) antes do julgamento de mérito do recurso especial ou extraordinário repetitivo – art. 1051, § 2º. – (ii) antes do julgamento do incidente de demandas repetitivas – art. 992, podendo inclusive recorrer da decisão final do incidente.

A maior virtude do projeto foi reservar um capítulo próprio para disciplinar a intervenção do *amicus curiae*, estabelecendo cláusula geral que resolve boa parte de nossas preocupações ao admitir a intervenção sempre que a causa for relevante ou tiver repercussão social – a decisão cabe ao juiz ou relator, o que indica a possibilidade de intervenção ainda em primeiro grau de jurisdição

Mas será que a simples oportunidade da manifestação do *amicus curiae*, ainda que ampla, é suficiente em face da *potência social* de decisões como as que julgam o incidente de resolução de demandas repetitivas ou os recursos excepcionais repetitivos? Pensamos que não.

Para nós, processos assim devem impor a publicação de edital de convocação de potenciais interessados na causa, permitindo, aí sim, sua manifestação através de quem tenha representatividade adequada – o *amicus curiae* – ou mesmo diretamente, em audiências públicas com o órgão julgador, marcadas com essa específica finalidade. Teríamos assim um caso de incrementação apriorística das formas, com importantes implicações na verificação de nulidades.

Em verdade, enfrentar esse tema é repisar lição que primeiro nos ensinaram os constitucionalistas, na seara da jurisdição constitucional, apontando para o déficit de-

mocrático ínsito às decisões judiciais tomadas naquele ambiente, e para a necessidade de contar com mecanismos que legitimem democraticamente essas decisões<sup>18</sup>.

O alerta foi rapidamente apropriado pelos processualistas, no momento em que foram surpreendidos com decisões proferidas em casos concretos, mas com repercussão para além da esfera jurídica das partes no processo<sup>19</sup>.

Escondido nas sombras desse palco sedutor, em que desfilam os precedentes vinculantes ou persuasivos, criados para reestabelecer a coesão do nosso sistema jurídico, figura o maior vilão dessa peça, qual seja, o autoritarismo daquelas decisões, sempre que proferidas sem a devida pluralização do debate. De fato, a presença dos *amici curiae* aqui é indispensável. São eles que, graças à sua *representatividade adequada*, canalizam para o processo as vozes dispersas na sociedade, tonificando-o com o alarido daquelas pessoas que têm interesse no tema e podem ser atingidas pela decisão. O projeto do novo CPC, ao encontro de nossos desejos, repetimos, fortaleceu essa figura<sup>20</sup>.

Nossa insistência no tema tem razão de ser. Mesmo com o novo CPC, permanecerão no sistema ainda muitos procedimentos cujas decisões escorrem automaticamente para outros processos, nos quais a lei e a jurisprudência sequer cogitam da participação do *amicus curiae*. É o caso, por exemplo, da *extensão subjetiva* dos efeitos da suspensão de segurança<sup>21</sup>, aplicada autoritariamente para processos similares sem qualquer possibilidade de manifestação das partes respectivas<sup>22</sup>. O sistema de nulidades, redimensionado, tem de ter força para breicar atrocidades como essa – pensamos, p.ex., que o disposto no art. 138 do projeto, aplicar-se-á também nessa última hipótese.

Noutro giro é razoável investigar a hipótese de se diminuir aprioristicamente algumas exigências formais para o julgamento de mérito de processos capazes de formar precedentes. O tema já está em parte contemplado no projeto do novo Código de

18. BARROSO, Luís Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 50 a 57.

19. BUENO, Cássio Scarpinella, *'Amicus curiae' no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 38

20. Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos.

§ 2º Caberá ao juiz ou relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

21. Lei 12.016/09, Art. 15, § 5º.

22. Parece que somente Marcelo Abelha Rodrigues dedicou a devida atenção ao tema, tratando-o como “eficácia vinculante da decisão que julga o pedido de suspensão”. Para o autor, a norma é inconstitucional, pois dota de efeito vinculante a decisão do tribunal, além de brigar com os princípios do contraditório e do devido processo legal. (Suspensão de segurança, sustação da eficácia da decisão judicial proferida contra o Poder Público, p. 230-231.)

Processo Civil (PL 8.046/10), com interessante norma que permite a desconsideração apriorística de vício no ato recursal para permitir o julgamento de mérito de recurso aos Tribunais Superiores<sup>23</sup>.

### 3.3. Novas tonalidades dos meios autônomos de impugnação de decisões judiciais

A elevação/diminuição das exigências formais combinadas com os novos critérios para o reconhecimento/convalidação das nulidades demandam estudos sobre os instrumentos de controle da higidez do processo e do respeito aos precedentes, como é o caso dos meios de impugnação das decisões judiciais.

Para além dos recursos, as diversas nulidades que podem surgir do desrespeito ao sistema de precedentes podem ensejar o ajuizamento de meios autônomos de impugnação, como a reclamação constitucional, o mandado de segurança e a ação rescisória, em hipóteses até então jamais referidas na doutrina e na jurisprudência.

No caso da reclamação, o tema não é novo, mas ganhará outras dimensões a partir da extensão que se dê ao efeito vinculante em decisões do Supremo Tribunal Federal, ou mesmo do Superior Tribunal de Justiça. É que o projeto prevê vinculação das instâncias inferiores àquilo que for decidido pelo STF e pelo STJ no julgamento de recursos repetitivos<sup>24</sup>. Nessa linha, o projeto parece estar preparado para a importância que ganhará a reclamação, optando inclusive por discipliná-la diretamente nos arts. 1001 a 1006.

O caso do mandado de segurança é inusitado. Sabe-se que não cabe mandado de segurança contra decisão judicial transitada em julgado ou que possa ser atacada eficazmente por recurso – art. 5º. Lei 12.016/09, II e III. No entanto, as omissões do juiz são irreparáveis.

É de se perquirir se haveria direito líquido e certo da parte na aplicação de precedente vinculante ou persuasivo. As tutelas de evidência e o julgamento de improcedência *prima facie* são técnicas de aceleração do procedimento através da aplicação de precedentes<sup>25</sup>. Não teria a parte a ser beneficiada por esse tipo de tutela *direito líquido e certo* ao encurtamento do procedimento para a verificação rápida de seu direito?

Caso entenda-se que o manejo desses novos instrumentos constitui dever do magistrado, não poderia o réu citado em ação repetitiva de tese improcedente impetrar mandado de segurança, buscando o imediato proferimento de sentença de improcedência? Lembramos que a jurisprudência – ressalvada a ação de improbidade administrativa, não admite qualquer recurso contra o “despacho” citatório.

23. GOLÇALVES, Gláucio Maciel e VALADARES, André Garcia Leão Reis, *O sistema recursal no substitutivo Barradas*, in *Novas tendências do processo civil*, *op.cit.* p. 185.

Trata-se do art. 1042 § 3º, do projeto: “O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave.”

24. Arts. 1049 a 1054 do projeto.

25. MONNERAT, Fábio Victor da Fonte, *A jurisprudência uniformizada como estratégia da aceleração do procedimento*, in *Direito Jurisprudencial*, Teresa Arruda Alvim Wambier – coord., São Paulo, RT, 2012, P. 341a 490.

Por fim, é de se perguntar: haverá alguma alteração de papel para as ações rescisórias no cenário de entroncamento entre o sistema de precedentes e o sistema de nulidades?

Estamos em que sim. Em determinados casos, o desrespeito ao precedente, por fazer sangrarem a segurança jurídica e a igualdade, converte-se em nulidade insanável. A ação rescisória surge como meio adequado para investir contra sentenças assim contaminadas, principalmente em razão da pacífica jurisprudência pelo não cabimento de reclamação contra decisão judicial transitada em julgado<sup>26</sup>.

Nesse ponto, pensamos que o projeto caminhou na direção certa ao prever como uma das causas de rescindibilidade a violação manifesta à *norma jurídica* – art. 978, IV. Note-se que o dispositivo equivalente no CPC vigente é o art. 485, V, que trás dicção mais restrita – *literal disposição de lei* – que dificulta o oferecimento de rescisória na espécie. Com a nova expressão, sendo certo que precedente é norma impositiva do sistema, o problema restará solucionado, ao menos no nosso sentir.

#### 4. CONCLUSÃO

O presente artigo procurou apenas descrever o assombro quase infantil – mas não ingênuo – de seu autor com as consequências processuais da efetiva opção do Projeto Barradas pela adoção de um sistema de precedentes. O susto é causado, em parte, pelo sistema de nulidades trazido no projeto, que nos parece insuficiente, posto que tenha avançado bastante em relação ao sistema vigente.

Doutrina e jurisprudência serão, a partir da vigência do Novo CPC, os únicos artífices da necessária coesão entre o sistema de nulidades e o sistema de precedentes no processo civil brasileiro, devendo ser essa uma busca incessante.

#### 5. BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do processo e técnica processual*, 2a. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BUENO, Cássio Scarpinella, *'Amicus curiae' no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CABRAL, Antonio do Passo, *Nulidades no Processo Moderno*, 2a. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- GOLÇALVES, Gláucio Maciel; VALADARES, André Garcia Leão Reis, *O sistema recursal no substitutivo Barradas*, in *Novas tendências do processo civil – Estudos sobre o projeto do novo CPC*. Salvador, BA: Juspodivm, 2013.

26. STF Súmula nº 734 – 26/11/2003 – DJ de 9/12/2003, p. 2; DJ de 10/12/2003, p. 2; DJ de 11/12/2003, p. 2.

“Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal”

- GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil, Vol I*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Atos de disposição processual – primeiras reflexes*, in MEDINA, José Miguel Garcia et alii, *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. Estudos em homenagem à Prof. Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.
- MALACHINI, Edson Ribas. *Das nulidades no processo civil*, in *Doutrinas essenciais*; Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *O julgamento liminar das ações repetitivas e a súmula impeditiva de recursos (Leis 11.276 e 11.277, de 8.2.06)*. Marinoni Advocacia. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 25 fev. 2011.
- \_\_\_\_\_. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista de Processo. São Paulo, RT, nº 172, jun. 2009.
- MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *A jurisprudência uniformizada como estratégia da aceleração do procedimento*, in *Direito Jurisprudencial*, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2012.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no Processo Civil*, 4a. Ed. Porto Alegre: Saraiva, 2010.
- TARUFFO, Michele. *Dimensiones del precedente judicial. Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- THEODORO JR, Humberto, *As nulidades no Código de Processo Civil*, in *Doutrinas essenciais*, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.
- TUCCI, José Rogério Cruz e, *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

# AS CONQUISTAS DA ADVOCACIA E DA CIDADANIA NO CPC PROJETADO

ESTEFÂNIA VIVEIROS<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

O CPC Projetado avançou e modernizou-se incluindo velhas e constantes reivindicações da Advocacia. Muitas conquistas obtidas pela Ordem dos Advogados do Brasil e pelos advogados nas lides diárias também foram incorporadas ao CPC Projetado, sempre com a preocupação do papel do advogado, que é indispensável à administração da justiça e, juntamente com o Ministério Público e a magistratura, integram a família do Poder Judiciário, na busca da prestação jurisdicional efetiva e em prol da cidadania.

Na leitura do relatório do novo CPC na Câmara dos Deputados, o Deputado Paulo Teixeira (PT/SP) demonstrou inicialmente a preocupação com o aviltamento dos honorários dos advogados, que têm caráter alimentar (agora previsto em lei), e que deve ser a justa contraprestação do trabalho desenvolvido pelo advogado.

Nesse aspecto, o CPC Projetado trouxe a proibição da compensação dos honorários de sucumbência, eliminando-se a Súmula 306<sup>2</sup> do STJ, como também criou o novel instituto da sucumbência recursal, permitindo-se a elevação do percentual de fixação dos honorários no caso de êxito recursal perante o Tribunal. Também restou previsto o caráter alimentar da verba honorária e, principalmente, a equiparação dos honorários aos créditos trabalhistas, trazendo os benefícios preferências no seu pagamento.

Outra conquista da advocacia é a previsão das férias dos advogados no período que compreende os dias 20 de dezembro a 20 de janeiro, medida que se faz necessária principalmente quando da promulgação da EC 45/2004, que tornou a atividade jurisdicional ininterrupta<sup>3</sup>, retirando-se as férias forenses dos meses de julho e janeiro.

---

1. Doutora em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Mestre em Direito Processual pelo Mackenzie-SP. Membro da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte. ALEJURN. Membro do IBDP. Presidente Nacional da Comissão Especial de Reforma do Código de Processo Civil nomeada pelo Presidente do Conselho Federal Marcus Vinicius. Advogada em Brasília.

2. Súmula 306/STJ: “Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo, sem excluir a legitimidade da própria parte”.

3. CF, 1988, art. 93, inciso XII, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004, *verbis*: “a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de 2º grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal juízes em plantão permanente”.

Nesse contexto, e também pela exiguidade dos prazos de cinco dias, ainda existentes no ordenamento processual, como é o caso do recurso de embargos de declaração<sup>4</sup>, os prazos processuais passam a ser contados apenas em dias úteis, excluindo-se sábados, domingos, feriados e os dias em que não há expediente forense. A pauta também de publicação de julgamento de processo deverá obedecer ao intervalo de cinco dias<sup>5</sup> em vez das exíguas 48 horas<sup>6</sup> previstas atualmente.

A sustentação oral terá o seu espectro ampliado. Caberá a sustentação oral no julgamento dos agravos previstos no art. 950<sup>7</sup> do CPC Projetado.

O legislador também se preocupou com as prerrogativas dos advogados que são revertidas ao cidadão instituindo no CPC Projetado o livre acesso ao processo pelo advogado, munido ou não de outorgar de poderes para tal. Também busca desburocratizar o dia a dia forense ao prever a validade da procuração em todas as fases do processo, evitando-se renovação desnecessária do mandato indeterminado de tempos em tempos.

Esses, portanto, são apenas alguns dos avanços da advocacia brasileira no CPC Projetado, cuja análise será feita neste trabalho com o objetivo de pontuar o alcance do novo formato legislativo, que também traz naturalmente questões que precisam ser aperfeiçoadas (como todo o processo de reforma). Como bem disse Luiz Rodrigues Wambier, o DNA do CPC Projetado observou as democratas lições processuais de todo e extenso Brasil<sup>8</sup>, recebendo mais de 900 emendas na Câmara dos Deputados, mas há certamente o DNA também da advocacia e cidadania brasileiras.

4. O art. 185 do CPC também prevê que a manifestação em geral no processo e, quando não fixado prazo diverso pelo magistrado, deve ser em regra cinco dias.

5. CPC Projetado, art. 948, § 1º: “Entre a data de publicação da pauta e da sessão de julgamento decorrerá, pelo menos, o prazo de cinco dias, incluindo-se em nova pauta as causas que não tenham sido julgadas”.

6. CPC, art. 552, parágrafo primeiro: “Entre a data da publicação da pauta e a sessão de julgamento mediará, pelo menos, o espaço de 48 (quarenta e oito) horas”.

7. CPC Projetado, art. 950: “Na sessão de julgamento, depois da exposição da causa pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente e ao recorrido, e ao membro do Ministério Público, nos casos de sua intervenção, pelo prazo improrrogável de quinze minutos para cada um, a fim de sustentarem suas razões nas seguintes hipóteses:

I – no recurso de apelação; II – no agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória sobre tutela antecipada ou o mérito da causa; III – no recurso ordinário; IV – no recurso especial; V – no recurso extraordinário; VI – no agravo interno originário de recurso de apelação ou de recurso ordinário; VII – no agravo interno originário de agravo de instrumento que admite sustentação oral; VIII – no agravo interno originário de recurso especial ou de recurso extraordinário; IX – nos embargos de divergência; X – na ação rescisória, no mandado de segurança e na reclamação; XI – em outros casos a critério do relator ou previstos em lei ou no regimento interno do tribunal”.

8. WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES Junior, Luiz Manoel. **Um Código de Processo Civil com DNA democrático**. Publicado no Consultor Jurídico – Conjur ([www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)), em 2 de outubro de 2012.

A tramitação do CPC Projetado na Câmara dos Deputados recebeu mais de 900 emendas e aproximadamente 100 destaques, cuja conclusão dos trabalhos pela Comissão Especial presidida pelo Deputado Fábio Trad (PMDB/MS) ocorreu em 17 de julho de 2013, na Câmara dos Deputados.

## 2. DOS HONORÁRIOS DOS ADVOGADOS

### 2.1. O caráter alimentar da verba dos honorários advocatícios e a equiparação aos créditos trabalhistas

A questão dos honorários dos advogados é um ponto sensível a toda advocacia por ser uma das formas de contraprestação do serviço prestado pelo advogado e é considerado como verba alimentar<sup>9</sup>.

É verdade que a jurisprudência tem hoje reconhecido a verba alimentar dos honorários dos advogados<sup>10 11</sup>, mas o ganho com o CPC Projetado está na sua previsão na própria lei, afastando-se discussões sobre o tema e, principalmente, a equiparação aos créditos trabalhistas, que nem sempre era reconhecida pela jurisprudência.<sup>12</sup> A verba alimentar traz vantagens no pagamento da contraprestação do advogado, mas se torna, muitas vezes, transpassada quando não equiparada aos créditos trabalhistas<sup>13</sup>.

A natureza alimentar e personalíssima dos honorários advocatícios impõe a preferência dos créditos, desvinculando-os da ordem cronológica a que se submetem outros créditos ao pagamento mediante precatórios, conforme previsto na Súmula 144 do STJ<sup>14</sup>.

- 
9. CPC, art. 20. Parágrafo terceiro. “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: a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar da prestação de serviços; c) a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido ao seu serviço”.
  10. “PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SOCIEDADE DE ADVOGADOS. NATUREZA ALIMENTAR. IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA. 1. Consoante já decidiu esta Turma, ao julgar o AgRg no REsp 1.228.428/RS (Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 29.6.2011), os honorários advocatícios, mesmo aqueles pertencentes à sociedade de advogados, possuem natureza alimentar. Como os honorários constituem a remuneração do advogado – sejam eles contratuais ou sucumbenciais –, tal verba enquadra-se no conceito de verba de natureza alimentícia, sendo portanto impenhorável. 2. Recurso especial provido” (Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.358.331/RS, Relator Ministro Mauro Campbell, DJe 26.02.2013).
  11. Supremo Tribunal Federal. RE 470.407/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 13.10.2006. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 724.158/PR, Corte Especial. Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 08.05.2008.
  12. “PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. NATUREZA ALIMENTAR. CONCURSO DE CREDORES. PREFERÊNCIA DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ARTS. 186 E 187 DO CTN. 1. Embora o STJ já tenha reconhecido a natureza alimentar dos créditos decorrentes de honorários advocatícios, estes não se equiparam aos créditos trabalhistas. Precedentes: REsp. 1.068.838/PR, Segunda Turma, Relator Min. Mauro Campbell Marques, Rel. p/ acórdão Ministra Eliana Calmon, e REsp. 874.309/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques. 2. Recurso Especial não provido” (Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.269.160/RS Relator Ministro Herman Benjamin. DJe 19.12.2012).
  13. “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – CRÉDITO FISCAL E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – PREFERÊNCIA DO CRÉDITO FISCAL – ART. 186 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL – STATUS DE LEI COMPLEMENTAR – PREVALÊNCIA SOBRE O ART. 24 DA LEI ORDINÁRIA Nº 8.906/94 (ESTATUTO DA OAB) – ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RECURSO IMPROVIDO” (Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp. 1143326/MS, Relator Ministro Massami Uyeda, DJ 30.04.2012).
  14. Súmula 144/STJ: “Os créditos de natureza alimentícia gozam de preferência, desvinculados os precatórios da ordem cronológica dos créditos de natureza diversa”.

O caráter alimentar também alcança a impenhorabilidade dos honorários nos termos do art. 649, IV, do CPC, embora não apresente caráter absoluto, como, aliás, decidiu recentemente o Superior Tribunal de Justiça<sup>15</sup>. A impenhorabilidade dos honorários coloca na contramão a compensação destes, por beneficiar exclusivamente as partes e, ao mesmo tempo, prejudicar os advogados por nada receber pela contraprestação do trabalho.

Nem a previsão do art. 24, § 3º, da Lei nº 8.906/94, que prevê a nulidade de qualquer cláusula que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários de sucumbência, afastou a possibilidade da compensação de honorários.

A luta pelos honorários dignos é diuturna e, sem impor o tom pessimista, invencível. As campanhas pela valorização do advogado e dos seus honorários são permanentes e compete ao magistrado arbitrá-los no momento do julgamento da causa, considerando os critérios estabelecidos na lei. De acordo com o atual art. 20<sup>16</sup> do CPC, deve-se considerar no arbitramento dos honorários o valor da causa, o desenvolvimento do trabalho do advogado (grau de zelo do profissional), a duração do processo, o lugar da prestação e a importância e a natureza da causa.

Nesse ponto, o conteúdo do art. 20 do CPC permanece inalterado pelo CPC Projetado<sup>17</sup>, mas traz melhorias significativas definindo percentuais de honorários no caso de sucumbência e inovando, com a criação da sucumbência recursal.

A sucumbência recursal permite o aumento na fixação dos honorários no caso de êxito recursal no Tribunal, alcançado a um percentual máximo estabelecido nas faixas de percentuais dos honorários. A vitória do advogado na resolução da causa em primeira instância e, agora também no tribunal, permite a majoração dos honorários fixados pelo magistrado do tribunal. Se, no entanto, o magistrado aplicar o percentual máximo previsto na faixa, não haverá acréscimo aos honorários no caso de sucesso no Tribunal. Isso porque a elevação do percentual da sucumbência recursal não pode ultrapassar o percentual máximo previsto em lei.<sup>18</sup>

15. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1356404, Relator Ministro Raul Araújo. Acórdão pendente de publicação, conforme notícia divulgada no site do Superior Tribunal de Justiça, em 14.06.2013 ([www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)).

16. CPC Projetado, art. 85, § 14: “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”.

17. CPC Projetado, art. 85: “A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor, salvo se houver perda do objeto, hipótese em que serão imputados à parte que lhe tiver dado causa”. § 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: I. o grau de zelo do profissional; II. o lugar de prestação de serviço; III. A natureza da causa; IV. o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço”.

18. CPC Projetado, art. 85, § 11: “O tribunal, ao julgar o recurso, de ofício, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º. É vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento”.

Os avanços nessa lei demonstram o respeito e a dignidade da profissão de advogado a ponto de o legislador prever que se o “juiz extinguir o processo sem resolver o mérito, o autor não poderá propor de novo a ação sem pagar ou depositar em cartório as despesas e os honorários em que foi condenado”<sup>19</sup>. A inserção dos honorários nesse artigo exige o seu pagamento prévio e comprovado para que se possa ajuizar nova ação. É, certamente, um compromisso com o Poder Judiciário e a exigência natural do cumprimento das suas decisões.

## 2.2. A vedação na compensação dos honorários de sucumbência

A titularidade dos honorários é dos advogados. Aliás, a lei é clara ao prever nos arts. 22<sup>20</sup> e 23<sup>21</sup> da Lei Federal nº 8.906/94, intitulada como Estatuto da Advocacia e da OAB. A titularidade por si só dos honorários afasta a possibilidade de compensação dos honorários de sucumbência prevista na Súmula 306<sup>22</sup> do Superior Tribunal de Justiça.

A questão é a seguinte. O art. 21 do CPC prevê que, havendo reciprocidade em parte vencida e vencedora, ocorrerá compensação nos honorários entre as partes. De outro lado, os arts. 22 e 23 do Estatuto da OAB afirmam que os honorários pertencem aos advogados, o que aparentemente apresenta conflito de normas.

A premissa do art. 21 do CPC, que embasa o entendimento da Súmula 306/STJ, está consubstanciada no fato de que os honorários de sucumbência pertencem às partes, mas a Lei Federal 8.906/1994, por outro lado, prevê expressamente que os referidos honorários pertencem aos advogados.

No campo da interpretação, a regra é a lei posterior prevalecer com relação à anterior. É o caso do Estatuto da Advocacia e da OAB, que além de ser norma posterior ao CPC, é específica por cuidar dos direitos e deveres dos advogados e os limites de sua ação ética e profissional no exercício da profissão advocatícia. Assim, dever-se-ia predominar a norma prevista no Estatuto da OAB, até porque a coexistência das normas só é possível se estas forem compatíveis.<sup>23</sup>

- 
19. CPC Projetado, art. 92, *verbis*: “Quando, a requerimento do réu, o juiz extinguir o processo sem resolver o mérito, o autor não poderá propor de novo a ação sem pagar ou depositar em cartório as despesas e os honorários em que foi condenado.”
  20. EOAB, art. 22: “A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convenionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência”.
  21. EOAB, art. 23: “Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor”.
  22. Súmula 306/STJ: “Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo, sem excluir a legitimidade da própria parte”.
  23. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS. Ap. 70000218933, TJRS. Relator Desembargador Araken de Assis. RT 777/390.

Também afasta a possibilidade da compensação dos honorários advocatícios a norma do art. 368<sup>24</sup> do CC, que veda a realização da compensação em prejuízo de direito de terceiro. É que a compensação deve ser aplicada quando as partes são, ao mesmo tempo, credoras e devedoras, e que ocorra reciprocidade das obrigações.<sup>25</sup>

Tal requisito legal não está preenchido na compensação de honorários de sucumbência, por pertencer tal verba aos advogados. É que os credores da verba honorária são os advogados, enquanto os devedores são as partes litigantes. Nesse caso, há a compensação da dívida de terceiros, hipótese vedada expressamente pelo art. 380<sup>26</sup> do CC. É simples a elaboração dos cálculos: nada ganha o advogado pela realização do seu trabalho no processo quando ocorrer sucumbência recíproca. Nada, absolutamente nada. Trabalha-se sem a contraprestação nesse caso, já que os beneficiários são as partes em relação ao seu procurador.<sup>27</sup>

Isso tudo porque não há coincidência entre credores e devedores e obrigações e créditos recíprocos, na medida em que o advogado é credor da parte *ex adversa* da verba de sucumbência, mas, em momento algum, é devedor da parte.

O CPC Projetado vem em boa hora e o art. 85, § 14, veda expressamente a compensação dos honorários em caso de sucumbência parcial, *verbis*: § 14: “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”.

Com a nova redação ao CPC, eliminam-se as incompatibilidades no ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, reconhece-se que os honorários advocatícios são sempre devidos independentemente da sua natureza e vedada a sua compensação.

Resta-nos, agora, aguardar a aprovação do novo CPC, ou então o reconhecimento pelos tribunais brasileiros da ilegalidade da compensação dos honorários advocatícios na sucumbência parcial.

### **2.3. A fixação dos honorários na tabela de forma progressiva e cumulativa quando a Fazenda Pública for parte**

A regra para fixação da verba honorária é entre o mínimo de 10% ao máximo de 20% sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

24. CC, art. 368: “Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem”.

25. RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil** – Parte Geral das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 215. v. 2.

26. CC, art. 380: “Não se admite a compensação em prejuízo de direito de terceiro. O devedor que se torne credor do seu credor, depois de penhorado o crédito deste, não pode opor ao exequente a compensação, de que contra o próprio credor disporia”.

27. CAHALI, Yussef Said. **Honorários Advocatícios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. pp. 844 e 845.

A situação é diversa quando a Fazenda Pública é parte no processo. De acordo com o atual art. 20 do CPC, a fixação dos honorários de sucumbência é mínima a ponto de indicar valores irrisórios em comparação com o montante discutido no processo.

Essa realidade começa a ser combatida no CPC Projetado porque estipula percentuais variáveis de acordo com os valores discutidos no processo, conforme se verifica do § 3º e incisos do art. 85: “I – mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido, até duzentos salários mínimos; II – mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de duzentos salários mínimos até dois mil salários mínimos; III – mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de dois mil salários mínimos até vinte mil salários mínimos; IV – mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de vinte mil salários mínimos até cem mil salários mínimos; V – mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de cem mil salários mínimos”.

As referidas faixas são cumulativas.<sup>28</sup> Aplica-se, por exemplo, o percentual de 10% a 20% nas causas até duzentos salários mínimos, mas o valor excedente encaixa-se na faixa subsequente e assim sucessivamente. O inciso primeiro aplica-se à grande maioria (aproximadamente 80%) dos processos em tramitação.

O próprio artigo disciplina que será considerado o valor vigente do salário mínimo no momento da prolação da sentença líquida ou o que estiver em vigor na data da decisão de liquidação (CPC Projetado, art. 85, § 4º, IV).

Outro ponto inovador é a previsão de ajuizamento de ação autônoma para a cobrança de honorários que não foram fixados judicialmente em processo transitado em julgado. Essa questão se torna curiosa. O pedido deve ser sempre certo e determinado. As exceções aos pedidos genéricos estão delineadas em lei. O pedido implícito é vedado, coibindo-se a quebra do princípio da congruência consubstanciado no que foi pedido deve ser julgado nos mesmos parâmetros. Os tribunais, por sua vez, interpretando o art. 286, *caput*<sup>29</sup>, do CPC definiram que excepcionalmente o pedido de honorários advocatícios<sup>30</sup> e o de correção monetária<sup>31</sup> podem ser considerados implícitos, na au-

28. CPC Projetado, art. 85, § 5º: “Quando, conforme o caso, a condenação contra a Fazenda Pública ou o benefício econômico obtido pelo vencedor ou o valor da causa for superior ao valor previsto no inciso I do § 3º, a fixação do percentual de honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente”.

29. CPC, art. 286: “O pedido deve ser certo ou determinado. É lícito, porém, formular pedido genérico: I – nas ações universais, se não puder o autor individualizar na petição os bens demandados; II – quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou fato ilícito; III – quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu”.

30. “[...] 4. Os honorários advocatícios, não obstante disciplinados pelo direito processual, decorrem de pedido expresso, ou implícito, de uma parte contra o seu oponente no processo e, portanto, formam um capítulo de mérito da sentença, embora acessório e dependente” (Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.113.175/DF, Relator Ministro Castro Meira, Corte Especial, DJe 07.08.2012).

31. “[...] 2. Os juros de mora e a correção monetária são considerados pedidos implícitos, por isso sua concessão não caracteriza julgamento *extra petita*” (Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no AREsp 133.365/RS,

sência de postulação no ingresso da ação. Tal entendimento diminui a possibilidade da não fixação dos honorários de sucumbência até porque os advogados estão sempre vigilantes, mas por equívoco não impede que ocorra o trânsito em julgado da decisão sem ocorrer a condenação dos honorários advocatícios.

Nesse caso, a regra do art. 85, § 18<sup>32</sup>, do CPC Projetado prevê o ajuizamento da ação autônoma para cobrança de honorários não definidos em processo já transitado em julgado, afastando o tom preclusivo da matéria. Esse raciocínio não é hoje empregado no caso da multa de aplicação por litigância de má-fé (CPC, art. 17). A ausência de pedido das partes no processo em que houve a prática do ato eivado de má-fé não permite o ajuizamento *a posteriori* da ação com o objetivo de buscar a condenação pelo ato praticado em litigância de má-fé em processo diverso.<sup>33</sup>

Enfim, a criação do instituto da sucumbência recursal alenta a possibilidade no aumento da fixação dos honorários advocatícios no caso de êxito no tribunal. A legislação amarrou os critérios objetivos para fixar os honorários de acordo com o trabalho desenvolvido pelo advogado. O êxito desse avanço está também nas mãos do magistrado, que deverá condenar o vencido ao percentual digno do trabalho executado pelos advogados.<sup>34</sup>

### 3. OS PRAZOS PROCESSUAIS CONTADOS EM DIAS ÚTEIS

O prazo de cinco dias para oposição do recurso de embargos de declaração, agravo interno e demais manifestações em geral (CPC, art. 185<sup>35</sup>) é reconhecidamente muito curto e tortuoso no dia a dia do advogado. Isso porque o prazo que se inicia na quarta-feira tem o seu término na segunda-feira, conforme previsto no *caput* do art. 184<sup>36</sup> do CPC. Ademais, o recurso de embargos de declaração, v.g., aparentemente simplório na sua interposição, requer técnicas preventivas para se alcançar a análise da matéria pela Corte Suprema e pelo Superior Tribunal de Justiça, em razão dos exigentes requisitos para o manejo dos recursos extraordinários.

---

Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, DJe 04.02.2013).

32. CPC Projetado, art. 85, § 18: “Caso a decisão transitada em julgado seja omissa quanto ao direito aos honorários advocatícios ou ao seu valor, é cabível ação autônoma para a sua definição e a sua cobrança”.
33. STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 130.
34. O processualista Celso Agrícola Barbi, ao comentar o parágrafo terceiro do atual art. 20, já registrava que “o § 3º procura, dentre de certos limites, impedir uma fixação de honorários que fruste a finalidade da lei, de plena restauração do direito do vencedor, mas, se parte de juízes e tribunais persistir em condenar no percentual mínimo, continuará prejudicada a finalidade da lei” (BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 137. v. 1).
35. CPC, art. 185: “Não havendo preceito legal nem assinatura pelo juiz, será de 5 (cinco) dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte”.
36. CPC, art. 184: “Salvo disposição em contrário, computar-se-ão os prazos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento.”

O art. 167<sup>37</sup> do CPC Projetado inova e traz a regra de que os prazos processuais serão contados apenas em dias úteis, excluindo-se assim sábados, domingos, feriados e dias em que não haja expediente forense<sup>38</sup>.

Essa norma observa o princípio do contraditório e da ampla defesa, permitindo-se prazo razoável para apresentação de defesa técnica em prol do jurisdicionado e em cooperação com a atividade jurisdicional (CPC Projetado, art. 7<sup>o</sup><sup>39</sup>).

Tal alteração legislativa em nada alterará a incessante busca pela efetividade da prestação jurisdicional. Com certeza, não será também a contagem de prazo processual em dias úteis que atrapalhará a efetividade da prestação do direito. O acréscimo de 3 a 5 dias no cumprimento do prazo não contribuirá para retardar a duração razoável do processo.<sup>40</sup> É um contrassenso criticar tal alteração sob esse fundamento, até porque há naturalmente o acúmulo de processos na fase de conclusão.<sup>41</sup>

É, com certeza, uma mudança simplória, mas se torna um ajuste de grande repercussão no cotidiano da advocacia em prol do efetivo contraditório e ampla defesa.

Também nessa linha de raciocínio está a ampliação dos dias para a publicação da pauta no órgão oficial e o dia do julgamento do processo. As 48 horas<sup>42</sup> previstas no art. 552, § 1<sup>o</sup>, do CPC foram alargadas para cinco dias.<sup>43</sup> Esse novo prazo amplia a possibilidade de agendamento de audiência com os julgadores antes do julgamento do processo. Tal benefício torna também razoável o prazo para elaboração da sustentação oral, que ganha a cada dia importância maior em razão da multiplicidade de processos em tramitação nos tribunais.

37. CPC Projetado, art. 167: “Os atos processuais serão realizados em dias úteis, das seis às vinte horas.”

38. CPC Projetado, art. 171: “Alem dos declarados em lei, são feriados, para efeito forense os sábados e os domingos e os dias em que não haja expediente forense.”

39. CPC Projetado, art. 7<sup>o</sup>: “É assegurado às partes paridade de tratamento no curso do processo, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório.”

40. O exemplo claro de prejuízo no cumprimento do prazo recursal é quando a publicação corre às vésperas de carnaval. Com a publicação na quinta-feira no órgão oficial, o prazo expira na quarta-feira de cinzas, restando ao advogado apenas um único dia útil para elaboração do recurso, que é a sexta-feira. Com a nova regra, o prazo vencerá apenas na segunda-feira após o término do feriado do carnaval.

41. Nessa linha de raciocínio apontou Teresa Arruda Alvim Wambier, criticando na ocasião a ausência de contraditório no recurso de agravo (CPC, art. 557), *verbis*: “É absolutamente imprescindível ter-se presente que não é a ausência de contraditório circunstância que tem o condão de tornar os processos mais céleres, se é que está por trás a infeliz ideia de criar recursos sem contraditório. E, o que é pior, suprimir o contraditório de recursos que o têm, por razões inconsistentes e inconvincentes” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC Brasileiro**. 3. ed. rev. atual. e ampl. do livro O novo regime de agravo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 435).

42. Súmula 117/STJ: “A inobservância do prazo de 48 horas, entre a publicação de pauta e o julgamento sem a presença das partes, acarreta nulidade”.

43. CPC Projetado, art. 948, § 1<sup>o</sup>: “Entre a data de publicação da pauta e da sessão de julgamento decorrerá, pelo menos, o prazo de cinco dias, incluindo-se em nova pauta as causas que não tenham sido julgadas”.

#### 4. A SUSTENTAÇÃO ORAL NOS AGRAVOS PREVISTOS NO ART. 950 DO CPC PROJETADO

A ampliação dos poderes do relator permitindo o julgamento monocrático do mérito do recurso retira naturalmente a possibilidade da sustentação oral. Nada mais do que razoável porque a decisão monocrática exige a demonstração de que o caso se encaixa em súmula ou jurisprudência dominante (CPC, art. 557).

O problema surge quando a decisão monocrática está em desconformidade com a indicação do entendimento jurisprudencial ou da própria súmula. O ataque à decisão é feito pelo recurso de agravo interno, que hoje no ordenamento jurídico não comporta a inclusão em pauta, nem a sustentação oral, dificultando certamente a defesa da parte quando o magistrado não reconsidera a sua decisão.

A impugnação à decisão proferida de forma singular é feita pelo recurso de agravo interno no prazo exíguo de cinco dias (o CPC Projetado alargou o prazo para quinze dias), cujo julgamento dispensa a apresentação de sustentação oral e de publicação de pauta. A parte perde a possibilidade de uso de ferramentas mais eficazes na hipótese de equívoco do magistrado na prolação de decisão unipessoal.

O objeto da impugnação cinge-se a demonstrar que a aplicação da súmula e/ou jurisprudência não se adéqua ao caso concreto pelas peculiaridades que a causa apresenta ou então que não se trata de jurisprudência dominante a matéria versada no processo. Aliás, o conceito de jurisprudência dominante é bastante criticado pela doutrina pela falta de parâmetros objetivos, o que se sobressai pela instabilidade da jurisprudência nos dias atuais não obstante a quantidade de ferramentas que buscam a estabilidade (segurança jurídica) das decisões judiciais.

O recurso de agravo interno ganhará novos ares. Quando o Relator não reconsiderar a decisão, determinará a inclusão em pauta para o seu julgamento, que abrirá a oportunidade para o advogado utilizar da tribuna para sustentar as suas razões recursais.

A realização de sustentação oral é um direito consagrado de o advogado expor oralmente as razões recursais na tribuna do seu cliente/jurisdicionado pelo prazo em regra de 15 dias.

O CPC Projetado foi mais longe porque não restringiu o direito de uso da tribuna apenas ao recurso de agravo interno. A realização de sustentação oral abrangerá os seguintes recursos de agravo: i) agravo interposto contra decisão de tutela antecipada ou o mérito da causa; ii) no agravo interno originário de recurso de apelação ou de recurso ordinário; iii) no agravo interno originário de instrumento que admite sustentação oral e, ainda, deixa o legislador uma abertura para o relator indicar quando achar conveniente a necessidade de sustentação oral.<sup>44</sup>

---

44. CPC Projetado, art. 950: “Na sessão de julgamento, depois da exposição da causa pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente e ao recorrido, e ao membro do Ministério Público, nos casos de sua intervenção, pelo prazo improrrogável de quinze minutos para cada um, a fim de sustentarem suas razões nas seguintes hipóteses: I – no recurso de apelação; II – no agravo de instrumento interposto contra decisão

Na verdade, vê-se a preocupação do legislador com os recursos que atacam a decisão singular, reforçando, assim, as ferramentas de combate das decisões monocráticas de mérito.

O prazo para interposição do recurso de agravo interno também será ampliado para 15 dias, acompanhando-se todos os demais prazos recursais (CPC Projetado, art. 907, parágrafo único<sup>45</sup>). O legislador quis, na verdade, uniformizar os prazos, deixando apenas de fora o recurso de embargos de declaração, que permanece com o prazo de cinco dias, mas contados em apenas dias úteis.

É muito bem-vinda a nova roupagem do agravo interno e dos demais agravos (v.g.: ampliação do prazo e possibilidade de realização de sustentação oral), fortalecendo-os em razão da importância do seu objeto de impugnação, que é o mérito da causa.

## 5. AS FÉRIAS FORENSES DOS ADVOGADOS

O novo CPC Projetado atende a reivindicação da Ordem dos Advogados do Brasil da previsão de férias forenses para os advogados, que foram abolidas com a Reforma do Poder Judiciário. A EC 45, intitulada como Reforma do Poder Judiciário, previu a atividade jurisdicional ininterrupta (CF, art. 93, XII), cancelando-se as férias forenses do mês de junho já que a prestação jurisdicional não deveria sofrer interrupções.

Essa alteração – da Reforma do Poder Judiciário – não trouxe benefícios concretos para a efetividade da prestação jurisdicional por várias razões. A primeira é que o magistrado tem direito a 60 (sessenta) dias de férias, além do recesso judiciário compreendido nos dias 20 de dezembro a 7 de janeiro. Assim, o Tribunal precisou fazer o escalonamento de férias dos magistrados já que todos não poderiam mais gozá-las no mês de julho.

A outra dificuldade é que o relator e o revisor não podem tirar férias em épocas diferentes pela imprescindibilidade da presença de ambos no julgamento que exige revisor. Com o intuito de completar o *quorum* nas sessões, o Tribunal tem convocado juízes de primeiro grau para julgar e participar das sessões no período das férias dos

---

interlocutória sobre tutela antecipada ou o mérito da causa; III – no recurso ordinário; IV – no recurso especial; V – no recurso extraordinário; VI – no agravo interno originário de recurso de apelação ou de recurso ordinário; VII – no agravo interno originário de agravo de instrumento que admite sustentação oral; VIII – no agravo interno originário de recurso especial ou de recurso extraordinário; IX – nos embargos de divergência; X – na ação rescisória, no mandado de segurança e na reclamação; XI – em outros casos a critério do relator ou previstos em lei ou no regimento interno do tribunal.

§ 1º A sustentação oral no incidente de resolução de demandas repetitivas observará o disposto no § 1º do art. 994.

§ 2º O procurador que desejar proferir sustentação oral poderá requerer, até o início da sessão, que seja o feito julgado em primeiro lugar, sem prejuízo das preferências legais.

§ 3º Caberá sustentação oral no agravo interno interposto contra decisão de relator que extingue o processo nas causas de competência originária previstas no inciso X do *caput*".

45. CPC Projetado, art. 907, parágrafo único: "Exceto os embargos de declaração, os recursos são interponíveis em quinze dias úteis".

desembargadores. Esse período se torna curto para o magistrado considerando que precisa analisar os processos previamente para inclusão em pauta para julgá-los. Essa tarefa do juiz é ainda acumulada com as funções com os processos de primeiro grau, que naturalmente têm pedido de providências urgentes.

Enfim, a ininterruptividade das funções do Poder Judiciário sempre existiu já que no período de férias e recesso forense, obrigatoriamente os tribunais trabalhavam no formato de plantão judiciário para dirimir as causas que continham urgência.

As férias dos advogados devem ser consideradas como aquelas na qual não há prazo em curso. A realidade do advogado autônomo não é fácil (é quem mais sofre com a ausência de férias) e difere dos escritórios que apresentam estrutura e rodízio de férias entre os advogados durante o mês do seu descanso.

Hoje os advogados têm apenas o recesso judicial previsto em lei nos dias 20 de dezembro a 7 de janeiro, além da benevolência de alguns tribunais que acordam com a Ordem dos Advogados do Brasil a interrupção de prazos por um período maior, como é o caso da justiça do trabalho.

Agora a previsão das férias está na lei e atinge todo o Poder Judiciário indistintamente. Prevê o art. 220 do CPC Projetado, *verbis*: “suspende-se o curso do prazo processual nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive”<sup>46</sup>.

A previsão das férias dos advogados em nada interfere na abertura dos fóruns e tribunais, que vão trabalhar normalmente, mas apenas com suspensão de prazos. Isso permitirá naturalmente que os juízes e serventuários da justiça (ressalvadas as férias individuais) trabalhem nos processos conclusos e os maduros que necessitem de resoluções.

Enfim, o art. 220 do CPC Projetado vem em boa hora, revigorando as férias dos advogados e não prejudicando o andamento da Justiça e do jurisdicionado.

## **6. DAS PRERROGATIVAS DOS ADVOGADOS NO CPC PROJETADO: O DIREITO A ACESSO AO PROCESSO, INDEPENDENTEMENTE DE PROCURAÇÃO NOS AUTOS**

É indiscutível o direito do advogado ao acesso ao processo, independentemente de procuração nos autos. A norma é clara e prevê como prerrogativa do advogado reconhecida na sua Lei 8.906/94, intitulada de Estatuto da Advocacia da OAB. Infelizmente, tal norma é constantemente malferida no dia a dia forense, exigindo-se até o manuseio de medidas judiciais para alcançar tal finalidade.<sup>47</sup>

46. CPC Projetado, art. 220, § 1º: “Ressalvadas as férias individuais e os feriados instituídos por lei, os juízes, os membros do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia Pública e os auxiliares da Justiça exercerão suas atribuições durante o período a que se refere o *caput*.”

§ 2º Durante o prazo a que se refere o *caput*, não serão realizadas audiências nem julgamentos por órgão colegiado.”

47. Superior Tribunal de Justiça. REsp 833.583/MG, Relator Ministro Mauro Campbell Marques. DJe 28.06.2010; REsp 167538, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, DJ 14.7.1998; HC 130.894/SP, Relator Ministro Jorge Mussi, DJe 14.06.2010; RMS 28.949/PR, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ 26.11.2009. Supremo Tribunal Federal. HC nº 82354/PR, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 24.09.2004.

Aqui e acolá, o próprio Conselho Nacional da Magistratura julga processos, cuja reclamação é o acesso do advogado ao processo, conforme se viu recentemente no deferimento de liminar para que o advogado, munido ou não de procuração, tenha acesso ao processo<sup>48</sup>. O próprio Supremo Tribunal Federal editou a Súmula vinculante nº 14<sup>49</sup> anunciando o direito do advogado de ter acesso aos inquéritos judiciais.

Tais precedentes demonstram a insistência na desobediência à lei. Por isso e por outras razões, a previsão expressa no CPC vem reforçar a necessidade de cumprimento da norma, que em tese seria até desnecessária pelas normas já existentes. Nada como reforçar o direito (se assim pode-se dizer) para informar aos desavisados. O art. 107<sup>50</sup> do CPC Projetado assegura que o advogado tem direito a examinar os autos de qualquer processo – com ou sem procuração –, independentemente da fase de tramitação. A única exceção, que já é conhecida, refere-se aos processos de segredo de justiça. Também na hipótese de prazo comum poderá o advogado retirar para obtenção de cópias o processo pelo prazo de duas a seis horas, a teor do parágrafo segundo do art. 107 do CPC Projetado, salvo outra forma de ajuste entre as partes.

É, certamente, um reconhecimento ao direito dos advogados que não pode ser quebrado sob pena de atingir o direito do jurisdicionado no seu sagrado direito de defesa. Não é uma regra que beneficia o advogado, mas assegura o direito constitucional do cidadão de acesso à justiça, ampla defesa e paridade de tratamento<sup>51</sup>.

---

48. Conforme noticiado no site do CFOAB, no dia 28.05.2012, o CNJ deferiu liminar para o advogado ter acesso ao processo mesmo sem procuração nos autos. Veja a matéria, por oportuno: “Advogado pode tirar cópia dos autos mesmo sem procuração, ratifica CNJ à exceção das hipóteses legais de sigilo e transcurso de prazo comum, não é possível condicionar a retirada de autos para cópia por advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, ainda que este não possua procuração nos autos. Com base nesse entendimento, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ratificou nesta terça-feira, em sua 170ª sessão ordinária, liminar que havia sido concedida pelo conselheiro José Vasi Werner em favor da Seccional da OAB do Pará”.

49. “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

50. CPC Projetado, art. 107: “O advogado tem direito a:

I – examinar, em cartório de fórum e secretaria de tribunal, mesmo sem procuração, autos de qualquer processo, independentemente da fase de tramitação, assegurados a obtenção de cópias e o registro de anotações, salvo nas hipóteses de segredo de justiça, nas quais apenas o advogado constituído terá acesso aos autos;

II – requerer, como procurador, vista dos autos de qualquer processo pelo prazo de cinco dias;

III – retirar os autos do cartório ou secretaria, pelo prazo legal, sempre que lhe couber falar neles por determinação do juiz, nos casos previstos em lei.

§ 1º Ao receber os autos, o advogado assinará carga no livro ou documento próprio.

§ 2º Sendo o prazo comum às partes, os procuradores poderão retirar os autos somente em conjunto ou mediante prévio ajuste por petição nos autos.

§ 3º Na hipótese do § 2º, é lícito ao procurador retirar os autos para obtenção de cópias pelo prazo de duas a seis horas, independentemente de ajuste e sem prejuízo da continuidade do prazo.

§ 4º O procurador perderá no mesmo processo o direito a que se refere o § 3º se não devolver os autos no prazo, salvo se requerer ao juiz sua prorrogação”.

51. CPC Projetado, art. 7º: “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório em casos de hipossuficiência técnica”.

## 7. A VALIDADE DA PROCURAÇÃO PARA PRÁTICA DE ATOS EM TODAS AS FASES PROCESSUAIS

A atuação do advogado (prática de atos processuais) exige a outorga de poderes consubstanciados na procuração ou substabelecimento. A procuração em regra é outorgada por prazo indeterminado e com os poderes expressos previstos no art. 38 do atual CPC, independente da fase processual.

Isso se justifica até porque pode o cliente outorgante revogar os poderes a qualquer momento e de forma desburocratizada, sem a necessidade inclusive de apresentar os seus argumentos para a revogação do mandato. Nesse ponto, inova o CPC Projetado ao assegurar no art. 111<sup>52</sup> que “a parte que revogar o mandato outorgado ao seu advogado constituirá, no mesmo ato, outro que assumo o patrocínio da causa”.

Também de igual forma pode o advogado renunciar a causa, cumprindo os requisitos da lei. O primeiro deles é noticiando o outorgante sobre a renúncia e o segundo é ficar responsável pelo processo no período de 10 (dez) dias contados da comunicação feita no processo<sup>53</sup>.

A outra hipótese é a comunicação oficial ao cliente, mas em razão da existência de outros advogados constituídos nos autos, o advogado renunciante não precisa ficar responsável pelo processo no prazo de 10 dias. É natural que a presença de outros advogados no processo retire a responsabilidade imediata do que renunciou o mandato de procuração.

No dia a dia forense, qualquer requisito desburocratizante para o uso da procuração deve ganhar espaço, principalmente na era do moderno processo eletrônico. A dispensa do reconhecimento de firma, a autenticidade declarada por advogados, a certificação digital que traz autenticidade ao documento e, agora, o uso da procuração em todas as fases do processo são medidas necessárias e que tornam a prática do ato processual mais eficaz e efetivo. A mácula de qualquer ato porventura existente pode ser combatida pelo incidente de falsidade previsto no CPC, que traz resultados concretos.

---

52. CPC Projetado, art. 111, parágrafo único: “Não sendo constituído novo procurador no prazo de quinze dias, observar-se-á o disposto no art. 76”.

53. CPC Projetado, art. 112: “O advogado poderá renunciar ao mandato a qualquer tempo, provando, na forma prevista neste Código, que comunicou a renúncia ao mandante, a fim de que este nomeie sucessor.

§ 1º Durante os dez dias seguintes, o advogado continuará a representar o mandante, desde que necessário para lhe evitar prejuízo.

§ 2º Dispensa-se a comunicação referida no *caput* deste artigo quando a procuração tiver sido outorgada a vários advogados e a parte continuar representada por outro, apesar da renúncia”.

## 8. DAS SANÇÕES APLICADAS AO ADVOGADO

É dever das partes e dos advogados a atuação correta e leal no processo. O descumprimento dos deveres acarreta a aplicação de multa por litigância de má-fé (CPC Projetado, art. 77<sup>54</sup>), que é paga pela parte condenada.<sup>55</sup>

O CPC Projetado esclarece a dúvida posta no atual art. 14 do CPC<sup>56</sup> e restabelece que eventual apuração de responsabilidade do advogado compete à Ordem dos Advogados do Brasil, conforme prevê expressamente o § 6º do art. 77: “Aos advogados públicos ou privados, e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2º a 5º, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo órgão competente, ao qual o juiz oficiará”.

A apuração por eventual descumprimento por parte do advogado compete à Ordem dos Advogados do Brasil, até porque processualmente o advogado age “como mandatário da parte insurgente”<sup>57</sup>.

O art. 77 do CPC Projetado traz também significativas alterações com o intuito de tornar eficaz a aplicação da multa, que poderá chegar até 20%, além de prever a cumulação com as demais multas processuais. A falta de pagamento pela parte da referida multa impõe a inscrição da dívida ativa<sup>58</sup>.

O CPC Projetado traz nova norma estabelecendo que o valor da multa paga pelas partes ficará com a União e que eventual descumprimento dos deveres pelo advogado competirá a Ordem dos Advogados do Brasil apreciar e punir<sup>59</sup>.

---

54. CPC Projetado, art. 77: “Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: I – expor os fatos em juízo conforme a verdade; II – deixar de formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento; III – não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito; IV – cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza antecipada ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; V – declinar o endereço, residencial ou profissional, onde receberão intimações no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva; VI – não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso”.

55. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no RMS 31708/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe 20.08.2010. REsp 1173848/RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 10.05.2010.

56. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2652, na qual os ministros analisaram dispositivo (parágrafo único do artigo 14) decorrente da reforma do Código de Processo Civil (CPC), eles deram interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto, para declarar que a ressalva contida no dispositivo alcançava advogados que se sujeitam aos estatutos da OAB e também advogados vinculados a entes estatais.

57. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgRg no REsp 1.099.178/DF, Relator Ministro Luis Felipe Salomão. DJe 04.06.2013.

58. CPC Projetado, art. 77, § 3º: “Não sendo paga no prazo estabelecido, a multa prevista no § 2º será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal”.

59. CPC Projetado, art. 77, § 6º: “Aos advogados públicos ou privados, e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2º a 5º, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo órgão competente, ao qual o juiz oficiará”.

Nesse aspecto, o CPC Projetado traz regras mais claras dissipando-se eventuais discussões acerca de quem será responsável pelo pagamento da multa e também o seu destino. Além disso, reconheceu o legislado, como já está na Lei 9.890/94, que compete aos órgãos de classe a análise disciplinar dos profissionais.

## 9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a chegada do novo Código de Processo Civil, que abarca e amplia as conquistas dos advogados, ganham a advocacia e a cidadania. As críticas integram o processo legislativo, mas desde que republicadas na busca do aperfeiçoamento da legislação e apresentada de modo fundamentada e argumentativa. O aprimoramento constante da legislação deve ser a preocupação de todos que participam do processo para alcançar a eficiência da prestação jurisdicional.

Os avanços são bem-vindos e merecem os aplausos pelas novas conquistas delineadas no CPC Projetado, que nada impede a postulação para o aperfeiçoamento de algumas normas, além de novas e outras conquistas com o DNA da advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil em prol da cidadania e eficiência da prestação jurisdicional.

## 10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.
- CAHALI, Yussef Said. **Honorários Advocatícios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Parte Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.
- STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES Junior, Luiz Manoel. **Um Código de Processo Civil com DNA democrático**. Publicado no Consultor Jurídico – Conjur ([www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)), em 2 de outubro de 2012.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC Brasileiro**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Do livro O novo regime de agravo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

# O RECURSO DE APELAÇÃO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

FERNANDA MEDINA PANTOJA<sup>1</sup>

## 1. GENERALIDADES SOBRE O PROJETO DO NOVO CPC

Nas últimas décadas, o processo civil brasileiro foi objeto de inúmeras reformas, oportunas e necessárias (em sua maioria) para adaptá-lo às modernas premissas ligadas à efetividade do processo. Todavia, não obstante a sua relevância, as alterações setoriais acabaram por comprometer a unidade sistemática do código<sup>2</sup>, tornando-o um verdadeiro “mosaico”, no termo consagrado por Alfredo Buzaid.<sup>3</sup>

Em paralelo, a Constituição Federal de 1988 consolidou as garantias e os princípios inerentes a uma tutela jurisdicional justa, tempestiva e eficiente, dos quais ainda não cogitava a versão original da legislação vigente.

A essas mudanças se somam a evolução das relações sociais, a demandar novas formas de tutela, e o desenvolvimento da própria ciência processual, cujo estudo comparado oferece soluções originais para problemas comuns aos diversos ordenamentos jurídicos.

É difícil refutar, diante desse cenário, a conveniência da edição de um novo Código de Processo Civil nacional<sup>4</sup>, voltado justamente a recompor a coesão da legislação,

- 
1. Doutoranda e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pesquisadora Visitante na University of Cambridge (Cambridge, Inglaterra) e na Queen Mary University of London (Londres, Inglaterra). Professora da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Membro do IBDP. Advogada no Rio de Janeiro. Email: fernanda@wald.com.br
  2. Não mais se sustenta, por exemplo, sequer a divisão metodológica baseada na classificação dos processos em cognitivo, executivo e cautelar, ante o notório esvaziamento das duas últimas espécies, provocado pela possibilidade de se obter medidas de urgência e de se realizar a atividade executiva no bojo do próprio processo de conhecimento.
  3. Conforme a Exposição de Motivos do próprio CPC de 73, redigida por Alfredo Buzaid, que “o grande mal das reformas parciais é o de transformar o Código em mosaico, com coloridos diversos que traduzem as mais variadas direções”.
  4. Em contrário, José Maria Tesheiner assevera que “não é o Código de Processo Civil, mas o Poder Judiciário que precisa de reforma”, porque, em resumo, os problemas não estariam na regulação dos institutos, mas no fato de o Judiciário não conseguir dar vazão ao crescente número de demandas. Segundo o autor, o projeto repetiria 80% do código atual, voltado à tutela individual de direitos individuais, e a citada conveniência de melhor sistematização das matérias representaria um “ganho ínfimo”. TESHEINER, José Maria. “Precisamos de um novo Código de Processo Civil?”. In ROSSI, Fernando et al. (coord.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 729-730.

incorporar de forma pragmática os princípios constitucionais<sup>5</sup> e concentrar novidades que naturalmente sobreviriam – em um futuro mais ou menos breve, mas de forma segmentada – com o fim de aprimorar a prestação da tutela jurisdicional. São essas as razões mais convincentes para o advento do terceiro código processual nacional da nossa História, que prenuncia louváveis avanços, desde que reconhecidas as limitações do legislador para o fim de solucionar todas as mazelas enfrentadas pelo Judiciário.<sup>6</sup>

Nesse contexto, instituiu-se em 2009 uma Comissão de Juristas<sup>7</sup> para a elaboração do Anteprojeto do novo CPC, com os declarados propósitos de harmonizar a lei ordinária à Constituição, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, simplificar os procedimentos e ampliar a efetividade processual.<sup>8</sup> Não se pretendeu subverter completamente o modelo atual<sup>9</sup>, de modo que, embora haja algumas propostas inovadoras e ambiciosas<sup>10</sup>, muitas apenas desenvolvem institutos já existentes<sup>11</sup> ou confirmam entendimentos consolidados na jurisprudência.<sup>12</sup>

Uma vez concluído, o texto final do anteprojeto foi apresentado ao Senado em junho de 2010, convertendo-se no “PLS nº 166/2010”. No Senado, sob a relatoria geral do Sen. Valter Pereira, auxiliado por uma nova equipe técnica<sup>13</sup>, o projeto original sofreu diversas emendas e, aprovado o substitutivo, passou à Câmara dos Deputados, então identificado como “PL nº 8046/2010”.

- 
5. A Carta de 1988 previu os princípios e garantias do contraditório, do devido processo legal, da motivação das decisões judiciais e do juiz natural; consagrou as regras da tutela jurisdicional coletiva; e criou o recurso especial. Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, alçou-se também à categoria de princípio fundamental a razoável duração do processo.
  6. Sem dúvida, grande parte dos problemas da Justiça brasileira escapa à intervenção do legislador, residindo em outros aspectos, como na má administração de cartórios e tribunais, no despreparo de servidores, juízes e advogados, na ineficiência dos órgãos públicos para assegurar os direitos dos cidadãos e tratar administrativamente dos conflitos, na cultura do litígio, na postura não colaborativa dos jurisdicionados, na corrupção. Assim também admitem BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “O Futuro da Justiça: alguns mitos.” In *Revista Forense*, v. 352. Rio de Janeiro: Forense, out./dez. 2000, p. 52; e MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. “O Processo Civil no limiar de um novo século.” In *Revista dos Tribunais*, vol. 781, ano 89. São Paulo: RT, nov. 2000, p. 70.
  7. Criada pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, a Comissão foi composta por Luiz Fux (Presidente), Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora Geral), Adroaldo Furtado Fabricio, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizete Nunes, Humberto Theodoro Jr., Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcos Vinicius Furtado Coelho e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.
  8. Conforme Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, disponível no site do Senado, no endereço [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br), com último acesso em 20.07.2013.
  9. ALVIM, Arruda. “Notas sobre o Projeto de novo Código de Processo Civil.” In *Revista de Processo*, vol. 191, ano 36, jan 2011, p. 300.
  10. A exemplo do incidente de resolução de demandas repetitivas, da maior outorga de poderes ao juiz para gerenciar o processo e da previsão de regras que asseguram a cooperação entre as partes.
  11. O que se vê em muitas das regras relativas à execução.
  12. É o caso, por exemplo, do alargamento das hipóteses de julgamento direto do mérito do recurso de apelação pelo tribunal e da previsão de cabimento dos embargos de declaração para a correção de erro material.
  13. Composta por Athos Gusmão Carneiro, Cassio Scarpinella Bueno, Dorival Renato Pavan e Luiz Henrique Volpe Camargo.

Também na Câmara, o relator Dep. Paulo Teixeira contou com o auxílio de um grupo de juristas.<sup>14</sup> Após a divulgação de um relatório parcial das atividades em maio de 2012, uma versão final foi aprovada em 17.07.2013 pela Comissão Especial constituída para emitir parecer sobre o projeto. Atualmente, aguarda-se a votação desse substitutivo pelo Plenário da Câmara e a sua ulterior submissão ao Senado.<sup>15</sup>

Já vieram a público, enfim, distintas versões para o novo Código.<sup>16</sup> Nelas se vê, por vezes, a adoção de opções legislativas bastante diversas, como ocorreu, por exemplo, em relação à possibilidade de adaptação do procedimento<sup>17</sup> e à forma de interposição da apelação, de que se trata adiante. Embora se possa discordar de cada escolha, pelos mais variados motivos<sup>18</sup>, é visível, em geral, a coerência das propostas com os objetivos declarados do projeto.

Outro merecido elogio que se deve render ao trabalho é o de primou, especialmente nas últimas fases de sua elaboração, pela transparência e democracia. Dos relatórios de atividades da Comissão de Juristas, do Senado e da Câmara, depreende-se a constante preocupação em promover a participação da sociedade, visando ao colhimento de material para a nova legislação. Com este escopo, realizaram-se inúmeras audiências públicas, além de encontros com representantes do Ministério da Justiça, dos Tribunais, Procuradorias, Defensorias, OABs e Ministério Público, de todos os Estados da Federação. Também se disponibilizaram endereços para remessa de correspondência, inclusive eletrônica, e criou-se na *internet* um espaço aberto para recebimento de comentários e sugestões. A julgar pelo número de emendas recebidas, algumas acatadas, o novo CPC parece dispor de significativa representatividade, refletindo, em boa parte, os anseios da comunidade jurídica.

---

14. Dessa vez, a Comissão foi composta por Fredie Didier Jr., Alexandre Freitas Câmara, Leonardo Carneiro da Cunha, Luiz Henrique Volpe Camargo, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Arruda Alvim, Marcos Destefenni, Sérgio Muritiba e Dorival Renato Pavan.

15. Conforme andamentos constantes do *site* da Câmara dos Deputados, no endereço [www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br), com último acesso em 20.07.2013.

16. Diante dessa variedade, procurou-se evitar a referência aos números dos dispositivos legais, que diferem de uma versão para outra.

17. No texto do anteprojeto, incumbia ao juiz o poder genérico de “adequar as fases e atos processuais às especificidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitados o contraditório e a ampla defesa”. No Senado, optou-se por restringir este poder, prevendo-se que ao juiz caberia somente “dilatir os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito”. Já na versão final da Câmara, a possibilidade de adaptação do procedimento é entregue à responsabilidade das partes, sob controle judicial, permitindo-lhes “convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”, inclusive sobre mudanças no procedimento, visando a ajustá-lo às especificidades da causa e fixando calendário para a prática dos atos processuais.

18. Perdeu-se, por exemplo, a oportunidade de se abolir um dos maiores estorvos da Justiça Brasileira: o duplo grau de jurisdição obrigatório nas causas em que são parte os entes públicos. A Comissão de Juristas propunha, no anteprojeto, a extinção da remessa necessária, mas a ideia não foi aprovada no Senado, que tão somente restringiu o seu cabimento, para aumentar o valor mínimo da condenação (ou da vantagem econômico em discussão) que impõe a revisão da sentença. Nas certas palavras de Leonardo Greco, o duplo grau obrigatório lamentavelmente “sobrevive como entulho autoritário representativo de uma época em que o estado não confiava nos juizes de primeiro grau, nem na exação dos seus próprios procuradores”. GRECO, Leonardo. “Princípios de uma Teoria Geral dos Recursos.” In *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, vol. V, jan./jun. 2010. Disponível em [www.redp.com.br](http://www.redp.com.br), com último acesso em 20.07.2013, p. 30.

Contudo, a mesma evolução tecnológica que contribuiu para a democratização do projeto se apresenta, sob outra perspectiva, como um dos seus maiores desafios. Considerando que a legislação se pretende longeva, as suas normas devem ser idealizadas também para um sistema informatizado, ou seja, devem ser adaptadas – ou ao menos adaptáveis – ao processo em meio digital, de forma a otimizá-lo, sem deixar de descuidar do processo nos moldes tradicionais, hoje ainda dominante nos tribunais brasileiros. Assegurar que as previsões legais acomodem-se a tal hibridez não é uma exigência de fácil atendimento, como o próprio caso da apelação permitirá demonstrar.

Impõe-se ainda ao projeto a crítica de não ter sido precedido de pesquisas para diagnosticar de modo seguro as ineficiências processuais e o resultado prático das paulatinas reformas, que certamente poderiam sinalizar, dentre as diversas alterações aventadas, as mais adequadas. Com frequência, as pretensas soluções para os vieses do processo civil partem de análises meramente dogmáticas, das quais se extraem, sem o levantamento de dados estatísticos aptos a comprová-los, pressupostos como os de que a conciliação ao início do procedimento seria mais eficaz, ou de que a eliminação do juízo de admissibilidade da apelação no primeiro grau de jurisdição agilizará o processo.

As pesquisas de campo permitem justamente revelar os equívocos de entendimentos estáveis, às vezes bastantes difundidos na doutrina, originados de observações não empíricas.<sup>19</sup> Seria interessante seguir as exitosas lições dos ordenamentos alienígenas, nos quais as reformas foram antecedidas de pesquisas experimentais para subsidiá-las, como ocorreu, por exemplo, na Inglaterra, previamente à edição das *Civil Procedure Rules* de 1998<sup>20</sup>, e em Portugal, onde se empreendeu extensa e profunda pesquisa nos tribunais antes de se proceder às contundentes inovações legislativas no seu modelo recursal.<sup>21</sup> A carência de produção e exame de estatísticas em processo civil no Brasil

---

19. Por exemplo, a respeito das reformas que alteraram o art. 557 do CPC, concedendo ao relator poderes para julgar monocraticamente os recursos, muito se afirmou que teriam introduzido mais um estágio na linha recursal, por ensejar, em regra, a interposição de posterior agravo para o órgão colegiado. No entanto, uma recente pesquisa mostrou que a taxa de recorribilidade destas decisões não passa de 30% e que, mesmo sendo interposto agravo interno contra a decisão monocrática, a soma do tempo do julgamento de ambos é cerca de 30% menor do que o tempo de produção direta do acórdão (ou seja, do que o julgamento colegiado “puro”), por conta da ausência de publicação em pauta na primeira hipótese. Relatório da Pesquisa *Decisão Monocrática do Relator: Economia ou Entrave Processual?*, realizada em 2009 pelo Centro de Justiça e Sociedade (CEJUS), da FGV Direito Rio, sob coordenação de Leslie Sherida Ferraz e cuja equipe de pesquisa integrou a autora. Disponível em <http://diretorio.fgv.br/cjus>, com último acesso em 20.07.2013.

20. As “*Civil Procedure Rules*” (CPR) foram baseadas nos Relatórios produzidos por Lord Woolf, *Chief Justice* da Inglaterra e do País de Gales, nos quais se analisou o funcionamento da Justiça, indicando-se os problemas existentes e as possíveis medidas para solucioná-los. *Access to Justice: Interim Report* (London, 1995) e *Access to Justice: Final Report* (London, 1996), disponíveis em [www.dca.gov.uk/civil/reportfr.htm](http://www.dca.gov.uk/civil/reportfr.htm), com último acesso em 20.07.2013.

21. A avaliação, sem precedentes no ordenamento jurídico português, contemplou, além de estudos jurídicos, o exame e a produção de dados estatísticos sobre a lei e os tribunais, desde o movimento processual em cada instância aos recursos humanos e materiais disponíveis. Os resultados da pesquisa, compreendidos no “Relatório de Avaliação do Sistema de Recursos em Processo Civil e Penal”, tornaram-se públicos em maio de 2005, quando teve início um amplo debate do qual participaram autoridades, órgãos públicos e diversas faculdades de direito portuguesas. As medidas legislativas aprovadas foram convertidas no Decreto-Lei nº 303, de 24.08.2007. Informações disponíveis na *internet*, no endereço <http://www.gplp.mj.pt>, com última consulta em 20.07.2013.

constitui, enfim, uma limitação inevitável em que costumam esbarrar as discussões sobre a pertinência de determinadas propostas legislativas.

## 2. ALTERAÇÕES NOS RECURSOS DE SEGUNDA INSTÂNCIA

Apontado como um dos principais focos de deficiência do processo civil brasileiro, o sistema recursal foi objeto de grande parte das alterações legislativas havidas nas últimas décadas, quando instituídos, dentre outros, o regime de retenção do agravo, a monocratização das decisões, as súmulas vinculante e impeditiva de recursos, a repercussão geral no extraordinário, o julgamento de recursos excepcionais por amostragem e a redução das hipóteses de cabimento dos embargos infringentes.

Os mesmos paradigmas condutores daquelas reformas – de racionalização do processamento e julgamento dos recursos, e de estabilização e uniformização da jurisprudência – continuam a nortear as mudanças propostas pelo projeto do novo CPC.

Assim, à luz desses ideais, na parte geral dos recursos, o projeto consolida a atuação monocrática dos julgadores, unifica os prazos recursais em quinze dias<sup>22</sup> e prevê a majoração dos honorários a cada recurso não provido.

Em prestígio aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, e com inspiração no modelo de precedentes da *Common Law*, afirma-se o “dever”<sup>23</sup> de os Tribunais observarem, no julgamento dos recursos, as teses dominantes na jurisprudência – obedecendo, nessa ordem, os enunciados das súmulas vinculantes; as decisões proferidas em assunção de competência, em incidente de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos repetitivos; as súmulas do STF e do STJ; os precedentes do plenário do tribunal, do órgão especial e dos órgãos fracionários superiores; e a jurisprudência dominante do próprio Tribunal.<sup>24</sup>

Na última versão do projeto, pendente de aprovação no Plenário da Câmara, encontram-se ainda outras propostas interessantes, como a que determina ao relator, antes de inadmitir o recurso, conceder ao recorrente a oportunidade de sanar o vício ou de complementar a documentação faltante, no prazo de cinco dias. A norma privilegia o alcance de uma decisão de mérito e alinha-se com a tendência mundial de flexibilização dos pressupostos processuais extrínsecos de admissibilidade dos recur-

22. À exceção dos embargos de declaração, mantidos em cinco dias.

23. De acordo com Fábio Victor da Fonte Monnerat, baseado nas lições de Robert Alexy, a norma teria a natureza de um princípio, traduzindo um mandado de otimização passível de satisfação em diferentes graus, conforme as circunstâncias fáticas e as possibilidades jurídicas. MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. “O papel da jurisprudência e os incidentes de uniformização no Projeto do Novo Código de Processo Civil.” In ROSSI, Fernando et al. (coord.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 188.

24. A mesma orientação aplica-se ao julgador de primeira instância. Por isso, na última versão do projeto esboçada pela Câmara, o referido dispositivo legal, garantidor da uniformização e estabilidade da jurisprudência, foi deslocado do capítulo dos recursos para o capítulo sobre sentença e coisa julgada, onde inserido na seção “do precedente judicial”.

sos.<sup>25</sup> Outrossim, a sua previsão expressa é recomendável porque, embora a legislação processual civil brasileira não deixe de oferecer o arcabouço teórico necessário para respaldar um entendimento menos formalista<sup>26</sup>, a jurisprudência nacional tem sido reticente em tratar os requisitos de admissibilidade sob o cânone da instrumentalidade das formas.

Sugere-se também, em concretização dos princípios fundamentais do contraditório e da cooperação, sejam as partes ouvidas sempre que constatada a ocorrência de algum fato superveniente ao pronunciamento recorrido, ou de alguma questão cognoscível de ofício ainda não examinada, que deva ser levada em conta na decisão do recurso.

Incluiu-se ainda no texto final a autorização do “julgamento virtual” dos recursos em que incabível a sustentação oral, substituindo-se a forma pública e presencial das sessões de julgamento pela troca dos votos, entre os julgadores, por meio eletrônico, com posterior disponibilização às partes.

Embora já implementado em diversos Tribunais, mediante a alteração dos respectivos regimentos internos<sup>27</sup>, parece a princípio um método de legitimidade discutível, porquanto ultraja o princípio da publicidade, que permite às partes conhecerem o raciocínio dos julgadores e as bases de cada decisão. Não obstante, valem as ressalvas de que a publicidade não constitui um atributo fundamental da jurisdição em outros ordenamentos da *Civil Law*<sup>28</sup>; e de que, na realidade forense nacional, o fato de as

---

25. Nos sistemas português, italiano, norte-americano e espanhol, por exemplo, verifica-se a possibilidade (ou mesmo o próprio dever) de o juiz ou relator conceder às partes oportunidade para reparar a falta de algum dos pressupostos processuais. Em Portugal, chega-se a prever a possibilidade de o apelante interpor o recurso até três dias depois do prazo, sob o pagamento de multa progressiva (art. 145º do CPC Português); de efetuar o preparo em até dez dias depois da interposição da apelação, também sob o pagamento de uma multa (art. 690º-B do CPC Português); e de as partes aperfeiçoarem alegações deficientes, antes de se decretar a inadmissibilidade do recurso (art. 685º-A, nºs 3 e 4, do CPC Português). Ademais, a declaração de não conhecimento deve ser necessariamente precedida de oitiva das partes (art. 704º do CPC Português). Mesmo na Itália, onde alguns requisitos se submetem a acentuado rigor, autoriza-se a repropositura da apelação inadmissível, com a supressão do vício, desde que o prazo ainda esteja em curso e que não tenha sido ainda declarada a sua inadmissibilidade, a *contrario sensu* do disposto no art. 358 do *Codice di Procedura Civile*, conforme ensina CARPI, Frederico *et al. Commentario breve al Codice di Procedura Civile e alle disposizioni sul processo societario*, 5ª ed. Milani: CEDAM, 2006, p. 1019.

26. Arts. 154, 244 e 515, § 4º, do CPC.

27. Surgido em pioneira iniciativa do Tribunal de Justiça de Rondônia, em 2009, o julgamento virtual encontra-se atualmente previsto, dentre outros, nos Regimentos Internos do STF (com redação dada pela Emenda Regimental nº 42/2010), do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (conforme Resolução nº 13/2011, do Órgão Especial) e de São Paulo (de acordo com a Resolução nº 549/2011, do Órgão Especial), com algumas diferenças entre os sistemas. No TJRJ, por exemplo, o julgamento virtual é cabível tão somente no agravo interno e nos embargos de declaração; já no TJSP, é admitido em todos os recursos sem sustentação oral e nos quais a parte não manifeste prévio interesse em fazê-lo.

28. Na Espanha, por exemplo, a discussão e a votação do órgão colegiado são secretas. Na Itália, não é obrigatória a realização de sessão de julgamento; haverá a audiência para debate, com a sustentação oral das partes, apenas se estas o requererem. A deliberação do órgão julgador, todavia, é sempre secreta, não se concedendo à parte, em nenhuma hipótese, o direito de sustentar suas razões oralmente. A autora teve a chance de aprofundar essa

sessões serem abertas não impede que o *iter* deliberativo seja frequentemente atropelado e os recursos julgados de forma mecânica, sem qualquer discussão oral do colegiado.<sup>29</sup>

Por outro lado, a sistemática proposta pela Câmara mostra-se, na medida do possível, conservadora e razoavelmente atenta aos direitos das partes, ao enunciar que elas deverão ser intimadas da realização do julgamento virtual e que, por simples manifestação de vontade, poderão preferir, em seu lugar, a sessão presencial. Veda-se também a utilização do meio eletrônico em caso de divergência entre os julgadores.

Vale registrar que a Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto, em uma de suas reuniões, chegou a cogitar da criação de um recurso único<sup>30</sup> para a impugnação de todas as decisões proferidas pelo juiz de primeiro grau. Contudo, esta proposta foi afastada ante o receio de que a mudança causasse excessiva confusão processual.<sup>31</sup> Desde o início, a Comissão redatora do anteprojeto procurou declaradamente respeitar as terminologias já incorporadas à prática processual<sup>32</sup>, a fim de evitar déficits de interpretação dos enunciados normativos.

No que tange aos recursos de competência dos tribunais de segundo grau, destacam-se a eliminação dos embargos infringentes e a abolição do agravo retido, possibilitando-se às partes impugnarem as decisões interlocutórias quando da interposição de recurso de apelação contra a sentença, ressalvado o agravo de instrumento para as questões de urgência e outras hipóteses expressamente previstas em lei.

Cogitou-se da extinção do efeito suspensivo da apelação e da interposição direta do recurso em segunda instância, mas no substitutivo final da Câmara acabou-se por afastar tais modificações, mantida tão somente a ideia inicial de se subtrair do órgão de primeiro grau o poder-dever de apreciar a admissibilidade do apelo. Examinam-se, a seguir, as propostas (ainda constantes do projeto, ou dele excluídas durante o processo legislativo) que afetam particularmente o procedimento e os efeitos do recurso de apelação.

---

análise comparativa na obra *Apelação Cível: Novas Perspectivas para um Antigo Recurso. Um Estudo de Direito Nacional e Comparado*, Curitiba: Juruá, 2010.

29. Trata-se de fenômeno diagnosticado há mais de uma década por Barbosa Moreira (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Os fatores extrajurídicos no julgamento colegiado.” In *Temas de Direito Processual*. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997), ao qual Leonardo Greco denomina “falsa colegialidade” (GRECO, Leonardo. “A falência do sistema de recursos.” In *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 306).
30. Como ocorre, por exemplo, na Inglaterra, nos Estados Unidos da América e na Alemanha. ANDREWS, Neil. *The three paths of Justice. Court Proceedings, Arbitration and Mediation in England*. Cambridge: Springer, 2012, pp. 107 e ss.; YEAZELL, Stephen C. *Civil Procedure*, 6th ed. New York: Aspen Publishers, 2004, p. 620 e ss.; e KERN, Christoph. “Appellate Justice and Miscellaneous Appeals – the Proposals for a Reform of Brazilian Civil Procedure as Compared to German Solution.” In *Revista de Processo*, vol. 188, ano 35, outubro 2010, p. 152. Na doutrina, a ideia já havia sido imaginada por CALMON, Petronio. “Reflexões em torno do Agravo de Instrumento.” In *Revista de Processo*, vol. 150, ago/2007. São Paulo: RT, p. 40.
31. Assim se extrai da ata da 3ª Reunião da Comissão de Juristas, de 23.02.2010, disponível em [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br), com último acesso em 20.07.2013.
32. Razão pela qual refutou, por exemplo, a pertinente sugestão de se intitular de “subordinado” o chamado recurso adesivo.

### 3. IDAS E VINDAS NO RECURSO DE APELAÇÃO

#### 3.1 Juízos de interposição e de admissibilidade

As mais polêmicas propostas em relação ao procedimento da apelação concernem à sistemática de interposição do recurso, que ao longo do trâmite do projeto sofreu inúmeras alterações.

Desde o texto inicial do anteprojeto do novo CPC, fixou-se, como forma de simplificação procedimental, a retirada do juízo prévio de admissibilidade do julgador de primeira instância, cuja incumbência foi atribuída ao relator, em segundo grau de jurisdição. No entanto, tanto no modelo do anteprojeto quanto na versão aprovada no Senado, a interposição e o processamento do apelo permaneceram em primeira instância.

Segundo os moldes sugeridos, após a abertura de vista ao apelado e a juntada de eventual resposta, encaminhar-se-iam diretamente os autos ao órgão *ad quem*, já prontos para o julgamento<sup>33</sup>. Em princípio, os atos havidos perante o juízo *a quo* depois da prolação de sentença seriam de responsabilidade do cartório, prescindindo-se da atuação do juiz, salvo em caso de oposição de embargos de declaração.

O projeto inicial também removeu do juiz a competência para conceder efeito suspensivo à apelação, esta igualmente desprovida de suspensividade automática, restando ao recorrente a possibilidade de requerê-la por meio de uma petição autônoma, dirigida ao relator, cujo simples protocolo já teria o efeito de impedir a eficácia da sentença até a apreciação do pedido. Esse sistema foi muito criticado, basicamente pela desvantagem de originar, na prática, duas “apelações”: uma para obtenção do efeito suspensivo e outra voltada à reforma da sentença.<sup>34</sup>

Para solucionar os inconvenientes apontados, a Câmara foi ainda mais ousada nas modificações trazidas em seu relatório parcial de maio de 2012, propondo que o apelo passasse a ser interposto diretamente em segunda instância, instruído obrigatoriamente com cópia de determinadas peças do processo de origem. Ao relator caberia receber o recurso ou rejeitá-lo liminarmente, conforme o caso; declarar os efeitos em que o recebe; e abrir vista ao apelado. A sentença recorrida apenas começaria a produzir efeitos quando recebida a apelação, pelo relator, sem efeito suspensivo, à exceção de determinadas hipóteses em que seus efeitos seriam imediatos, desde a respectiva publicação.<sup>35</sup> Para fins de retratação, o apelante deveria informar ao juízo *a quo* a res-

33. Eventual manifestação da Procuradoria de Justiça deveria ocorrer em segunda instância.

34. Segundo Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, a mudança “significa dobrar o trabalho dos Desembargadores. Primeiro, criado o incidente, examinará o relator se atribuirá efeito suspensivo à apelação, o que exige contraditório, são as regras postas na parte geral do projeto, porque nenhum juiz não pode apreciar e decidir requerimento formulado por uma das partes sem previamente ouvir a outra (art. 9º e 10º). Depois, em etapa posterior, quando os autos com a apelação chegarem ao Tribunal, examinarão os Desembargadores seus pressupostos e mérito.” DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. “Projeto do Novo Código de Processo Civil aprovado pelo Senado – exame técnico e constitucional.” In ROSSI, Fernando et al. (coord.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 559. Em sentido semelhante, GUEDES, Cintia Regina. “Os recursos cíveis no projeto do novo código de processo civil.” In *Revista de Processo*, vol. 207, ano 37, maio 2012, p. 270.

35. Na redação sugerida pela Câmara, “começa a produzir efeitos, imediatamente após a sua publicação, a sentença que: I – homologa divisão ou demarcação de terras; II – condena a pagar alimentos; III – extingue sem resolução

peito da interposição do recurso. Alegou-se que o sistema seria utilizado com sucesso para o agravo e que teria equivalente no Direito comparado, como um mecanismo de simplificação e celeridade.

Contudo, no último substitutivo daquela casa legislativa, de julho de 2013, retornou-se em parte ao arranjo inicial idealizado pela Comissão de Juristas, subtraindo-se a análise de admissibilidade do juízo *a quo*, conquanto mantida a interposição do apelo em primeira instância. Resguardou-se, porém, o seu efeito suspensivo automático, salvo exceções legais, conforme a lei hoje vigente.

Quanto à supressão do juízo de admissibilidade no órgão *a quo*, grande parte da doutrina rende homenagem. Segundo Arruda Alvim, a medida seria útil por evitar a interposição de recursos contra um juízo negativo de admissibilidade que viesse a ser feito em primeiro grau de jurisdição e por eliminar a realização inócua de um juízo positivo, que fica de todo modo sujeito à confirmação ou revogação pelo tribunal.<sup>36</sup>

Em sentido contrário, pode-se argumentar que esta aferição feita em primeiro grau, ainda que demande algum tempo, se prende à preservação da mobilização despendida do órgão *ad quem*, quando a apelação contenha algum vício capaz de determinar, desde logo, o seu não conhecimento.

A controvérsia, enfim, parece se resumir na seguinte questão: a realização do exame prévio de admissibilidade pelo juiz *a quo* age de forma eficaz como filtro dos apelos inadmissíveis, justificando o tempo investido nessa análise? Para se responder com solidez à indagação, seria fundamental perquirir informações como a quantidade de apelações não admitidas em primeiro grau, em relação ao total de apelos interpostos; a taxa de recorribilidade das decisões de inadmissão; e o tempo que o juiz dedica, em média, àquela apreciação.

A proposta não parece ter sido, todavia, precedida do levantamento de dados estatísticos capazes de elucidar tais aspectos. As informações também não se encontram disponíveis nos relatórios usualmente publicados pelos Tribunais, mas com alguma paciência é possível obtê-los. A título exemplificativo, requeremos à Diretoria Geral de Apoio aos Órgãos Jurisdicionais (DGJUR), do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que indicasse, a partir da análise dos registros de seu sistema de informática, o número de apelações cíveis inadmitidas<sup>37</sup> em primeiro grau de jurisdição, em relação ao número total de apelações interpostas; e o número de agravos de instrumento interpostos contra as decisões de inadmissão.<sup>38</sup>

---

do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado; IV – julga procedente o pedido de instituição de arbitragem; V – confirma, concede ou revoga tutela antecipada; VI – decreta a interdição.”

36. ALVIM, Arruda. “Notas sobre o Projeto de novo Código de Processo Civil.” In *Revista de Processo*, vol. 191, ano 36, jan 2011, p. 300.

37. Considerou-se espécie de “juízo negativo de admissibilidade” as decisões de inadmissão, de não conhecimento e de não recebimento do apelo, que são inseridas de modo diferenciado no sistema de informática do TJRJ.

38. Não foi possível aferir o grau de recorribilidade dessas decisões, mas considerando-se as taxas de recorribilidade média em todas as graus de jurisdição, é razoável esperar que não supere o percentual de 30%. *Justiça em Números: Levantamento Estatístico do Poder Judiciário*, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça e disponível no endereço [www.cnj.gov.br](http://www.cnj.gov.br), com último acesso em 20.07.2013.

Embora incompletos e com alguma margem de erro<sup>39</sup>, os resultados fornecidos<sup>40</sup> sinalizam que o percentual de apelos inadmitidos no TJRJ é pouco superior a 10%, cujo montante não é tão expressivo, mas não se apresenta tampouco desprezível, a ponto de justificar a supressão sem ressalvas do exame de admissibilidade do juízo de primeira instância. Seria profícuo o desenvolvimento de uma pesquisa de campo mais abrangente e aprofundada sobre a matéria, que transpusesse uma análise meramente positiva.

Por outro lado, não é razoável preservar-se a interposição e o processamento do apelo na primeira instância, como consta do último substitutivo da Câmara, quando excluído desse juízo o exame prévio dos requisitos de admissibilidade. Imagine-se o caso de interposição de uma apelação intempestiva, ou inquinada de outro vício de simples aferição. Ainda que manifesto o defeito do recurso, ele seria necessariamente processado pelo cartório do juízo *a quo* e depois distribuído ao Tribunal *ad quem*, ensejando esforços estéreis de ambos os órgãos judiciais, quando já poderia ter seu curso interrompido desde logo.

Não por outro motivo, aliás, nos ordenamentos estrangeiros nos quais a apelação é interposta perante o órgão recorrido – a exemplo do português, espanhol ou norte americano<sup>41</sup> – ao juiz costuma caber a realização de um juízo prévio e provisório, ainda que limitado, acerca de tais pressupostos.

Ademais, há indicações de que um dos maiores focos de delonga no processo em primeira instância situa-se justamente na fase pós-sentença<sup>42</sup>, a reforçar as vantagens da sistemática de interposição do apelo diretamente no órgão superior, afastada no último substitutivo do projeto. Na doutrina, José Maria Tesheiner já defendia essa alternativa, como medida de celeridade processual, diante da possibilidade vindoura de digitalização dos autos do processo e de sua consulta *on line*.<sup>43</sup>

De fato, em se tratando de autos eletrônicos, a interposição direta em segundo grau aparenta ser o formato mais simples e eficiente para o processamento da apelação.

39. Isto porque os dados fornecidos dizem respeito a todas as comarcas e serventias, incluindo, portanto, as apelações criminais e aquelas interpostas à Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis.

40. No ano de 2011, foram inadmitidas/não recebidas/não conhecidas, em primeira instância, 23.980 apelações, enquanto 220.036 foram recebidas.

41. Com a ressalva de que, na Espanha e nos Estados Unidos, a notícia da interposição do recurso e a apresentação das alegações correspondem a atos processuais diferentes, razão pela qual o exame preliminar que compete ao juiz é mais restrito, incidente basicamente sobre aspectos formais. MORENO, Faustino Cordón *et al.* *Comentários a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2001, p. 1567; MARCUS, Richard L. *et al.* *Civil Procedure: a Modern Approach*, St. Paul, MN: West Group, 2000, p. 1111.

42. Segundo a pesquisa “Análise da Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais”, desenvolvida pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Jurídicas – CEBEPEJ e pela Secretaria de Reforma do Judiciário (Ministério da Justiça), sob coordenação de Paulo Eduardo Alves da Silva, disponível no endereço <http://www.cebepj.org.br/>, com último acesso em 20.07.2013, o período de tempo transcorrido da sentença até a remessa dos autos ao Tribunal, nos cartórios paulistas analisados no período de 2006 e 2007, correspondia a 1/3 do tempo total do processo em primeira instância.

43. TESHEINER, José Maria Rosa. “Em tempo de reformas – o reexame de decisões judiciais.” In *Revista de Processo*, vol. 147, ano 32. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/2007, p. 152.

Ocorre que a informatização do Judiciário não é uma realidade tão iminente quanto se desejaria<sup>44</sup> e, no caso de processos em meios físicos, a exigência de instrução do recurso com cópias de peças principais do processo de origem<sup>45</sup>, para a formação de um instrumento, pode constituir um entrave à desburocratização e à economia almejadas pelo projeto do novo CPC.<sup>46</sup> É de se indagar quanto às vantagens dessa transformação, quando possível, e mais prática, a interposição e o prosseguimento do apelo nos próprios autos da ação que lhe deu origem.<sup>47</sup>

O impasse exemplifica, enfim, um dos grandes desafios enfrentados pelo projeto do novo CPC, a que se aludiu anteriormente, consistente na dificuldade de se preverem normas e se construírem mecanismos viáveis desde logo e igualmente capazes de se acomodar ao breve futuro da informatização processual. Sinaliza, ademais, os riscos de se fazerem escolhas legislativas não precedidas de embasamento experimental, com a utilização da própria lei para testar a eficácia da reforma pretendida.

### 3.2 Julgamento monocrático

Ainda no que diz respeito ao procedimento, o projeto cuida de aperfeiçoar as hipóteses de cabimento do julgamento singular do apelo. Apesar de estender-se a todos os recursos, e não somente à apelação, nela o mecanismo avulta de importância, eis que dirigida à revisão da decisão final da fase cognitiva do processo.

No Brasil, desde a edição da Lei nº 9.139/95, o art. 557 do CPC consagra a possibilidade de o relator, em decisão monocrática, negar seguimento ao recurso de apelação manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado, contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior e, conforme acrescido pela Lei nº 9.756/98, também àqueles que confrontem a jurisprudência dominante do tribunal, do STF e do STJ. Pode o relator, outrossim, dar provimento ao recurso, caso a sentença recorrida contrarie súmula ou jurisprudência dominante dos tribunais superiores. Em todos os casos, garante-se à parte a revisão pelo colegiado, por meio da interposição de agravo interno.

44. Segundo o relatório Justiça em Números do CNJ, a respeito da Justiça Estadual, o índice nacional de processos eletrônicos em primeiro grau de jurisdição, no ano de 2010, equivalia a meros 1,4%. Disponível em [www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br), com último acesso em 20.07.2013.

45. De acordo com o texto do relatório parcial da Câmara, de maio de 2012, no qual se arquitetou a ideia de interposição direta da apelação em segunda instância, exigia-se a juntada de cópia da sentença; da inicial, contestação, réplica, parecer do Ministério Público e laudo pericial, se houvesse; da certidão de intimação da sentença ou outro documento que atestasse a tempestividade do recurso; e qualquer outro documento que considerasse conveniente. Se inexistente algum dos documentos obrigatórios, caberia ao apelante juntar certidão que o declarasse, a ser expedida em vinte e quatro horas, independentemente do pagamento de qualquer despesa. E, na falta de tais documentos, o apelante seria intimado para complementar a formação do instrumento em cinco dias, sob pena de não conhecimento.

46. Lembre-se que o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil reverencia, em sua Exposição de Motivos, a necessidade de se atender, também, a um “*caráter pragmático: obter-se um grau mais intenso de funcionalidade.*”

47. Veja-se que também não é “*simples e célere*”, como pretende fazer crer a justificativa do relatório da Câmara, a exigência de que o apelante comunique ao juízo recorrido a interposição do apelo, juntando cópia do recurso, para fins de retratação. Trata-se, perdoado o neologismo, de verdadeiro “526 da apelação”.

A estratégia de se possibilitar ao relator que adentre o mérito do apelo e, em específicas circunstâncias, o julgue sem conduzi-lo à conferência, obedece ao critério racional de se evitar a realização da sessão de julgamento, quando ela parece despicienda. A monocratização do mérito revela-se, sob esse prisma, medida lúdica e coerente em meio às preocupações com a celeridade e economia processuais e, por esse exato motivo, afigura-se também um fenômeno inevitável.

A única controvérsia refere-se à possível manutenção, dentre as hipóteses de incidência, do desprovimento singular pelo subjetivo critério da “manifesta improcedência”, reconhecidamente sujeito à absoluta discricionariedade de cada julgador.

No projeto aprovado no Senado, o dispositivo que previa o julgamento liminar pelo relator sofreu alterações pertinentes em relação ao texto original do anteprojeto, tendo sido excluída a possibilidade de negativa de provimento por manifesta improcedência, além de se sistematizarem as demais hipóteses de julgamento monocrático.<sup>48</sup>

Já na Câmara, o relatório parcial disponibilizado em maio de 2012 retrocedeu ao reinserir essa possibilidade e, pior ainda, a inversa, isto é, o poder de o relator “dar provimento a recurso manifestamente procedente”, sem definir os parâmetros para esse julgamento. A justificativa então apresentada tinha natureza estritamente funcional, baseada no argumento de que, reduzidos os poderes do relator, as sessões restariam inviabilizadas face à enorme quantidade de recursos em pauta.

Felizmente, na versão final do substitutivo, aprovada recentemente pela Comissão Especial, foram novamente afastados os casos de procedência e improcedência “manifestas”.

Repare-se que as demais situações em que se autoriza o julgamento monocrático de mérito, seja para dar ou negar provimento ao recurso, são todas orientadas pelo efeito vinculativo dos precedentes judiciais, mais especificamente as Súmulas do STF, do STJ e do próprio Tribunal; os acórdãos do STF ou STJ em julgamento de recursos repetitivos; e o entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. Já contemplam, assim, inequívocas hipóteses de procedência e improcedência “manifestas”, cujas categorias, por conseguinte, prescindem de expressa previsão legal.

---

48. Nos termos do projeto, cabe ao relator “negar seguimento a recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão ou sentença recorrida; negar provimento a recurso que contrariar: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; e dar provimento ao recurso se a decisão recorrida contrariar: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.”

Poder-se-ia cogitar, tão somente, da ampliação de tais casos, conforme já se aventou em pesquisa de que participaram doutrinadores e Desembargadores do TJRJ<sup>49</sup>, no sentido de admitir a improcedência ou a procedência liminar também quando a questão versada no recurso corresponder à matéria julgada de modo uniforme e reiterado pelo próprio órgão colegiado.

Além de ser coerente com as demais hipóteses de provimento e desprovimento liminar previstas no projeto – todas orientadas pela força vinculativa dos precedentes –, a exigência poderia servir para inibir a interposição de agravo interno, pois o colegiado tenderia a confirmar o provimento singular de um de seus membros, quando proferido em coadunação com o entendimento ali cristalizado.

### 3.3 Efeito suspensivo

A mais elogiável inovação em relação ao recurso de apelação, constante do anteprojeto original, consistia na exclusão de seu efeito suspensivo<sup>50</sup> *ope legis*, garantindo à sentença eficácia executiva imediata. A proposta foi mantida no texto aprovado no Senado e na versão parcial divulgada pela Câmara, mas restou lamentavelmente extirpada do substitutivo final que veio a público em julho de 2013.

Nesse último texto do projeto, a única diferença em relação ao sistema atual corresponde à expressão previsão de que, nas hipóteses excepcionais em que a apelação não dispõe de efeito suspensivo, o apelante poderá requerê-lo ao juiz, no próprio recurso ou em petição autônoma, antes da distribuição do apelo; ou ao relator, após a distribuição do recurso, por meio de petição autônoma instruída com os documentos necessários ao conhecimento da controvérsia. Deu-se solução, desse modo, ao delicado problema do “vácuo de competência” existente no período compreendido entre a publicação da sentença e o recebimento da apelação, a que está hoje sujeito o recorrente, porquanto alguns tribunais não admitem o uso de cautelar para atribuir efeito suspensivo à apelação que dele não dispõe, enquanto não apreciada a admissibilidade do recurso pelo juízo de primeiro grau.<sup>51-52</sup>

49. Relatório da Pesquisa *Decisão Monocrática do Relator: Economia ou Entrave Processual?*, já citado. Participaram da Mesa de Debates Ada Pellegrini Grinover, José Carlos Barbosa Moreira, Kazuo Watanabe, Leonardo Greco, Luiz Ayoub, Mairan Maia e Sergio Bermudes. Foram entrevistados, dentre outros, os Des. Carlos Eduardo Fonseca Passos, Cherubin Helcias Schwartz Júnior, Cristina Thereza Gaulia, Leila Mariano e Marco Antônio Ibrahim.

50. O efeito suspensivo afigura-se, na verdade, antes um efeito da recorribilidade do que propriamente do recurso, pois antes mesmo de se interpor a apelação, a decisão é ato ainda ineficaz, pelo simples fato de estar-lhe sujeita. O recurso interposto, se no prazo e se cabível, apenas prolonga o prazo dessa ineficácia. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil – Tomo VII, Arts. 496 a 538*, 3ª ed., rev. e aum. por Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 11.

51. V., por exemplo, no TJRJ, o acórdão do AI 0044190-63.2011.8.19.0000, 3ª Câmara Cível, rel. Des. Mario Assis Gonçalves, j. em 01.09.2011.

52. Com opinião análoga, HILL, Flavia Pereira. “Principais inovações quanto aos meios de impugnação das decisões judiciais no Projeto de novo CPC.” In *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, vol. VIII, jul./dez. 2011. Disponível em [www.redp.com.br](http://www.redp.com.br), com último acesso em 20.07.2013, p. 374.

Ao revigorar a suspensividade *ope legis*, o novo CPC perdeu a oportunidade de promover uma reforma absolutamente necessária e relevante na disciplina da apelação. A supressão do efeito suspensivo automático, pela qual sempre propugnou de forma unânime a doutrina<sup>53</sup>, segue uma tendência universal<sup>54</sup>; coaduna-se com os ideais de uma execução célere, ainda que provisória; serve de instrumento para o combate aos recursos protelatórios; e contribui para a valorização do juízo de primeira instância.

Elide, ainda, uma grave incoerência da legislação vigente, eis que, por força da antecipação dos efeitos da tutela, o juízo de verossimilhança, sob cognição sumária, conduz à execução provisória do provimento antecipatório; já a sentença, embora emitida com base em juízo de certeza e após cognição exauriente, não autoriza, em regra, à execução provisória, *ex vi* do efeito suspensivo de que a apelação normalmente se reveste.<sup>55</sup> Dessa forma, como ressaltam Luis Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, a alteração corrigiria uma distorção histórica do processo civil brasileiro.<sup>56</sup>

Segundo o modelo atual do Código de Processo Civil, o efeito suspensivo da apelação lhe é atribuído pelo juiz *ex officio*, em razão de norma processual expressa. Preveem-se, no entanto, diversas exceções legais, nas quais a sentença deve ser recebida somente no efeito devolutivo, produzindo efeitos a partir de então.<sup>57</sup>

De modo análogo, a regra geral da ausência de efeito suspensivo imporia também, em contrapartida, a existência de meios de escape, mediante expressa ressalva da possibilidade de o recorrente pleitear a suspensividade ao juiz ou relator, que poderia ser deferida em casos específicos previamente estabelecidos, ou desde que comprovados certos requisitos, conforme a opção legislativa.<sup>58</sup>

53. Não se encontrou quem se posicionasse contra a reforma. Por todos os seus defensores, veja-se BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 12ª ed., rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil e com a Emenda Constitucional nº 45. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 473. Existe também um projeto de lei nesse sentido (PLS nº 136/2004).

54. PANTOJA, Fernanda Medina. *Apelação Cível*, ob. cit., p. 182-183.

55. Exposição de Motivos do Anteprojeto de Lei nº 13 – Versão Final da Reforma do CPC, *apud* ORIONE NETO, Luiz. *Recursos Cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 152.

56. MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: Críticas e Propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 178.

57. O art. 520 do CPC enuncia que serão recebidas somente com efeito devolutivo as apelações interpostas de sentença que (i) homologar a divisão ou a demarcação; (ii) condenar à prestação de alimentos; (iii) decidir o processo cautelar; (iv) rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes; (v) julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem; e (vi) confirmar a antecipação dos efeitos da tutela O art. 1.184 do CPC embute outra exceção à regra, ao garantir à sentença de interdição a imediata produção de efeitos, “embora sujeita à apelação”. Há, ainda, algumas hipóteses na legislação extravagante, de que são exemplos o art. 12 da Lei nº 1.533, de 31.12.1951, o art. 21 da Lei nº 6.383, de 07.12.1976 e o art. 198, inciso VI, da Lei nº 8.069, de 13.07.1990.

58. Na Espanha, onde a notícia de apelação é interposta no juízo *a quo*, o apelante pode requerer, perante esse mesmo órgão, a suspensão dos efeitos da decisão recorrida, mas apenas em alguns casos raros e taxativos, condicionada à prestação de caução (art. 456 e seguintes da *Ley de Enjuiciamiento Civil*). Nos Estados Unidos, outorga-se ao apelante a faculdade de pedir o efeito suspensivo quando condenado ao pagamento de indenização, podendo fazê-lo junto ao juiz ou ao tribunal, usualmente mediante prestação de caução (*Federal Rules of Civil Procedure, Rule 8*). Na Itália, em que a apelação é interposta no tribunal *ad quem*, o recorrente pode pleitear a esse órgão a suspensividade, desde que comprovada a existência de graves e fundados motivos (arts 337 e 283

No sistema idealizado no anteprojeto e aprovado no Senado, o apelo seria interposto em primeira instância, cabendo ao recorrente, demonstrados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, requerer ao relator<sup>59</sup>, no tribunal, a concessão de efeito suspensivo ao seu recurso, por meio de petição autônoma cujo mero protocolo já impediria provisoriamente a eficácia da sentença, até a apreciação do pedido. Parece conveniente outorgar-se ao relator a competência para decidi-lo porque, de fato, seria pouco lógico deixar ao arbítrio do juiz de primeiro grau – ao qual não caberia sequer a análise da admissibilidade do apelo – a suspensão dos efeitos de sua própria decisão.<sup>60</sup>

Não se pode desprezar, entretanto, o risco de emprego do mecanismo de maneira deturpada, com fim estritamente procrastinatório, fiando-se o recorrente, ainda que seu apelo seja manifestamente inadmissível, em eventual demora na apreciação de seu pedido e, por consequência, na manutenção da ineficácia da decisão que lhe foi desfavorável.

Já na sistemática inicialmente cogitada pela Câmara, de se adotar a interposição do apelo diretamente em segunda instância, a sentença, em regra, não produziria efeitos a partir da sua publicação, mas do seu recebimento pelo relator. A ideia de diferir a eficácia da sentença para o recebimento do apelo tornaria despiciendo ao apelante, nos casos em que pretendesse obter o efeito suspensivo, utilizar-se de outro meio processual, prévio à sua apelação, para formular este pedido. Desse modo, simplificar-se-ia o procedimento e eximir-se-ia o tribunal de incidir no tão criticado “duplo esforço”, ao qual se opôs a doutrina na estrutura preliminar projetada pela Comissão de Juristas. Como não poderia deixar de ser, eram previstas algumas hipóteses relevantes em que a sentença disporia de efeitos imediatos, a partir da sua publicação, como nos casos de condenação ao pagamento de alimentos. Nesses casos excepcionais, tendo o apelante interesse em requerer o quanto antes a atribuição de efeito suspensivo ao seu apelo, restar-lhe-ia pedir urgência na distribuição de seu recurso, em cujo bojo haveria o pedido de suspensividade. A única preocupação seria a de os tribunais assegurarem a necessária celeridade na distribuição e apreciação do pedido pelo relator, sob pena de eventual retardamento provocar efeito inverso, qual seja, o ajuizamento de medidas cautelares ou mandados de segurança pelo próprio apelado, com vistas à imediata execução da sentença que lhe foi favorável.

---

do *Codice di Procedura Civile*). Antes de decidir quanto à concessão do pedido, será necessariamente ouvida a parte adversa; e o tribunal pode, sob a sua discricionariedade, exigir alguma espécie de garantia. Em Portugal, embora a regra seja também a da não atribuição de efeito suspensivo à apelação, há um número razoável de casos, elencados no Código, em que o recurso disporá desse efeito, de forma automática. Também se permite ao apelante, nos demais casos onde não haja a suspensividade *ope legis*, que a requeira ao juiz, perante o qual é interposta a apelação, quando a execução puder causar prejuízo considerável, e desde que prestada prévia caução, ouvindo-se as partes antes de decidir (art. 692º do Código de Processo Civil Português).

59. Ao qual for distribuída a petição autônoma.

60. No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Ob. cit., p. 179.

### 3.4 Ampliação do efeito devolutivo ante a possibilidade de impugnação das interlocutórias não preclusas

Outra modificação de monta, reafirmada no substitutivo final da Câmara, é o afastamento da preclusão das decisões interlocutórias na fase de conhecimento, se a questão não comportar agravo de instrumento.<sup>61</sup> A proposta interfere na extensão do efeito devolutivo da apelação<sup>62</sup>, pois tais provimentos deverão ser impugnados ao final da etapa cognitiva, em preliminar da apelação eventualmente interposta contra a decisão final, ou das contrarrazões.

A reforma fortalece o regime da irrecorribilidade em separado das interlocutórias, legitimado no Brasil com o advento da Lei 11.187/2005, após idas e vindas da legislação<sup>63</sup>, e adotado em diversos países.<sup>64</sup> Afina-se também com a pretensão de simplificação do procedimento almejada pelo novo CPC. Isto porque, sem a necessidade de prévia interposição de agravo retido, evitam-se os apartes sucessivos no curso do processo, bem como se desoneram as partes, mediante a concentração de suas impugnações em um ato final único. Por isso são muitos os doutrinadores favoráveis à medida.<sup>65</sup> Dentre eles, Leonardo Greco repreende apenas a fragmentação excessiva do procedimento de primeiro grau, a qual, aliada à demora do processo, pode levar ao agravamento das lesões a serem reexaminadas somente *a posteriori*.

Alguns estudiosos, contudo, demonstram maior temor em relação à eficácia da proposta. José Henrique Mouta Araújo afirma reçar o aumento do número de processos

- 
61. Registre-se que as hipóteses nas quais é expressamente cabível o uso do agravo de instrumento vêm sendo alargadas a cada nova versão do projeto, o que certamente reduz o risco de que cogitou Eduardo Talamini, de ressuscitação do uso do mandado de segurança como meio de ataque às interlocutórias. TALAMINI, Eduardo. “Manifestação sobre a Reforma do CPC”. Disponível em [www.migalhas.com.br](http://www.migalhas.com.br), com último acesso em 20.07.2013.
62. A chamada extensão da devolução refere-se à amplitude da matéria submetida ao julgamento do órgão *ad quem* por força do recurso, conforme as lições de BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, ob. cit., p. 431.
63. Como demonstrado em outro estudo da autora, “Reformas Processuais: Sistematização e Perspectivas.” In *Revista de Processo*, vol. 160, junho 2008, p. 87-114.
64. Como na Alemanha, nos Estados Unidos e, mais recentemente, em Portugal. KERN, Christoph. “Appellate Justice and Miscellaneous Appeals – the Proposals for a Reform of Brazilian Civil Procedure as Compared to German Solution.” In *Revista de Processo*, vol. 188, ano 35, outubro 2010, p. 152; YEAZELL, Stephen C. *Civil Procedure*, 6th ed. New York: Aspen Publishers, 2004, p. 628 e ss.; *Relatório de Avaliação do Sistema de Recursos em Processo Civil e Penal*, disponível na página do Ministério da Justiça Português na internet, no endereço <http://www.gplp.mj.pt>, com última consulta em 20.07.2013. No âmbito da União Europeia, o art. 3º da Recomendação nº 5/2005, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, recomenda justamente a adoção do regime da irrecorribilidade em separado das interlocutórias, dentre outras medidas para aprimoramento dos sistemas recursais cíveis.
65. GRECO, Leonardo. “Princípios de uma Teoria Geral dos Recursos.” In *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, vol. V, jan./jun. 2010. Disponível em [www.redp.com.br](http://www.redp.com.br), com último acesso em 20.07.2013, p. 21; ALVIM, Arruda. “Notas sobre o Projeto de novo Código de Processo Civil.” In *Revista de Processo*, vol. 191, ano 36, jan. 2011, p. 315; BERALDO, Leonardo de Faria. “Processo, agravo de instrumento e... ténis?” In *Revista de Processo*, vol. 204, ano 37, fev 2012, p. 247; GUEDES, Cintia Regina. “Os recursos cíveis no projeto do novo código de processo civil.” In *Revista de Processo*, vol. 207, ano 37, maio 2012, p. 270; HILL, Flavia Pereira. “Principais inovações quanto aos meios de impugnação das decisões judiciais no Projeto de novo CPC.” In *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, vol. VIII, jul./dez. 2011. Disponível em [www.redp.com.br](http://www.redp.com.br), com último acesso em 20.07.2013, p. 381.

anulados em grau de apelo, em decorrência do acolhimento de impugnações envolvendo vícios havidos no decorrer da fase cognitiva, como nos casos de cerceamento de defesa.<sup>66</sup> Em sentido análogo, Fredie Didier Jr. afirma que o regime desprezaria a segurança jurídica e a estabilidade promovidas pela preclusão, além de minar a autoridade do juiz de primeiro grau, cujas decisões seriam passíveis, *ad finem*, de reforma pelo tribunal.<sup>67</sup>

Todavia, o risco de anulação do processo antevisto pelos doutrinadores já existe na sistemática atual, eis que também as questões impugnadas por agravo retido somente são objeto de apreciação pelo tribunal quando do julgamento de eventual apelação. De todo modo, seria interessante verificar o índice atual de reformas das interlocutórias, para aferir se a vedação ao recurso imediato representaria um efetivo ganho de celeridade e eficiência na prestação jurisdicional. A autoridade do juiz de primeira instância, por sua vez, não parece ser enfraquecida, senão preservada, na medida em que, sem a recorribilidade imediata, assegura-se ao julgador um transcurso processual menos interrupto e despedido da atuação revisora contínua do tribunal.<sup>68</sup>

O projeto impõe, às partes, o ônus de manifestar seu inconformismo na primeira oportunidade possível, ainda que de forma breve e objetiva, para o fim de evitar a preclusão, de modo a evitar que os litigantes guardem como “trunfos” eventuais nulidades, para suscitá-las somente ao final do processo, visando à invalidação de todos os atos subsequentes. Teme-se apenas que a exigência de simples protesto, conquanto leve a efeito o princípio da boa-fé, possa incitar as partes a fazê-lo de forma descriteriosa e imotivada, com relação a uma miríade de decisões interlocutórias, com o mero intento de garantir a sua ulterior recorribilidade.

### 3.5 Condenação em honorários

Fixa o projeto, em caso interposição de qualquer recurso cumulativo, o aumento da verba honorária estipulada na decisão recorrida, sem necessidade de requerimento da parte interessada, levando-se em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observados, como estatuído na lei vigente<sup>69</sup>, o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; à natureza e a importância da causa; as atividades executadas pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. O valor total dos honorários, com o acréscimo da fase recursal, fica limitado ao percentual máximo da fase cognitiva, de 20% sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

66. ARAÚJO, José Henrique Mouta. “Uma visão crítica sobre alguns aspectos recursais do projeto do NCPC.” In BASTOS, Antônio Adonias Aguiar; DIDIER JR., Fredie (coord.). *O projeto de novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos*, 2ª série. Salvador: Ius Podium, 2012, p. 433.

67. DIDIER JR., Fredie. *Preclusão e decisão interlocutória*. Disponível em [www.migalhas.com.br](http://www.migalhas.com.br), com último acesso em 20.07.2013.

68. SOKAL, Guilherme Jales. “A impugnação das decisões interlocutórias no processo civil.” In FUX, Luiz et. al. (coord.). *O Novo Processo Civil Brasileiro – Direito em Expectativa*. Rio de Janeiro: Forense Jurídica, 2010, p. 415.

69. Art. 20, § 3º, do CPC.

A incidência cumulativa da sucumbência recursal serve, inegavelmente, aos princípios da isonomia e da proporcionalidade na remuneração dos causídicos. Não obstante, para fins processuais, seu maior benefício é o de estimular a recorribilidade responsável, ao tornar desvantajosa a procrastinação. Contribui-se, assim, para o rompimento da prática demandista dos jurisdicionados, que se sentem impelidos a esgotar as vias recursais quando vencidos, “porque estas se apresentam como facilmente acessíveis e resultam sempre de algum modo mais vantajosas do que o cumprimento espontâneo das suas obrigações”, como diagnosticado com precisão por Leonardo Greco.<sup>70</sup>

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vê-se que parte das escolhas legislativas sobre o recurso de apelação atende claramente às reinvidicações de efetividade e de simplificação do processo, que pautaram todo o trabalho dos legisladores – a exemplo das hipóteses de julgamento monocrático do recurso, da extensão do efeito devolutivo para acolher também as impugnações às decisões interlocutórias não preclusas, e da previsão da sucumbência recursal.

Outras, como a eliminação do juízo de admissibilidade em primeira instância e a interposição direta do apelo perante o órgão *ad quem* (esta afastada no substitutivo final da Câmara), mostram-se mais discutíveis, máxime por não terem sido precedidas de estudos seguros sobre sua pertinência e possível eficácia para suplantarem as deficiências do sistema atual.

A supressão do efeito suspensivo automático do apelo, por sua vez, constitui quicê um dos maiores retrocessos em que incidiu o substitutivo final da Câmara em relação ao texto original do anteprojeto.

De todo modo, não se pode pretender que o novo Código de Processo Civil nasça impecável, oferecendo prontas respostas a todos os problemas encontrados na sistemática da apelação em particular, e no processo civil em geral. Algumas mudanças hão de ser forçosamente apuradas e lapidadas pela experiência viva do processo. Afinal, de acordo com as lições atemporais de Aristóteles, uma lei somente se torna efetiva mediante a sua sedimentação com o passar do tempo, por meio da sua adequação paulatina ao tecido social e às exigências das relações que visa a reger.<sup>71</sup>

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JR., Luiz Manoel. Um novo código de processo civil para o Brasil – análise teórica e prática da proposta apresentada ao Senado Federal. RJ: GZ, 2010. ALVIM, Arruda. “Notas sobre o Projeto de novo Código de Processo Civil”. In *Revista de Processo*, vol. 191, ano 36, jan 2011, pp. 299-218.

70. GRECO, Leonardo. “Princípios de uma Teoria Geral dos Recursos”, *ob. cit.*, p. 6 e 60.

71. Aristóteles. *Politique*. Traduit par J. Aubonnet et M.-L. Desclos. Paris: Belles Lettres, 1998. Livre II. p. 63 *apud* OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005, p. 14.

- ANDREWS, Neil. *The three paths of Justice. Court Proceedings, Arbitration and Mediation in England*. Cambridge: Springer, 2012.
- ARAÚJO, José Henrique Mouta. “Uma visão crítica sobre alguns aspectos recursais do projeto do NCPC.” In BASTOS, Antônio Adonias Aguiar; DIDIER JR., Fredie (coord.). *O projeto de novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos*, 2ª série. Salvador: Ius Podium, 2012, pp. 425-435.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 12ª ed., rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil e com a Emenda Constitucional nº 45. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- \_\_\_\_\_. “Os fatores extrajurídicos no julgamento colegiado.” In *Temas de Direito Processual*. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997
- \_\_\_\_\_. “O Futuro da Justiça: alguns mitos.” In *Revista Forense*, v. 352. Rio de Janeiro: Forense, out./dez. 2000.
- BASTOS, Antônio Adonias Aguiar; DIDIER JR., Fredie (coord.). *O projeto de novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos*, 2ª série. Salvador: Ius Podium, 2012.
- BERALDO, Leonardo de Faria. “Processo, agravo de instrumento e... tênis?”. In *Revista de Processo*, vol. 204, ano 37, fev. 2012, pp. 244-248.
- CALMON, Petronio. Reflexões em torno do Agravo de Instrumento. In *Revista de Processo*, vol. 150, ano 32, ago. 2007. *Revista dos Tribunais*, pp. 24-42.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. “O novo Código de Processo Civil – breve análise do projeto revisado no Senado.” In *Revista de Processo*, vol. 194, ano 36, abril 2011, pp. 141-172.
- CARPI, Frederico et al. *Commentario breve al Codice di Procedura Civile e alle disposizioni sul processo societário*, 5ª ed. Milani: CEDAM, 2006.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. “Projeto do Novo Código de Processo Civil aprovado pelo Senado – exame técnico e constitucional.” In ROSSI, Fernando et al. (coord.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pp. 551-565.
- FIGUEIRA JR., Joel Dias. “A trama recursal no processo civil brasileiro e a crise da jurisdição estatal.” In *Revista de Processo*, vol. 188, ano 35, outubro 2010, pp. 265-276.
- DIDIER JR., Fredie. *Preclusão e decisão interlocutória*. Disponível em [www.migalhas.com.br](http://www.migalhas.com.br), com último acesso em 20.07.2013.
- FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- GRECO, Leonardo. “A falência do sistema de recursos.” In *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 287-316.
- \_\_\_\_\_. “Princípios de uma Teoria Geral dos Recursos.” In *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, vol. V, jan./jun. 2010. Disponível em [www.redp.com.br](http://www.redp.com.br), com último acesso em 20.07.2013.
- GUEDES, Cintia Regina. “Os recursos cíveis no projeto do novo código de processo civil.” In *Revista de Processo*, vol. 207, ano 37, maio 2012, pp. 266-278.
- HILL, Flavia Pereira. “Principais inovações quanto aos meios de impugnação das decisões judiciais no Projeto de novo CPC.” In *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, vol. VIII, jul./dez. 2011. Disponível em [www.redp.com.br](http://www.redp.com.br), com último acesso em 20.07.2013.
- KERN, Christoph. “Appellate Justice and Miscellaneous Appeals – the Proposals for a Reform of Brazilian Civil Procedure as Compared to German Solution.” In *Revista de Processo*, vol. 188, ano 35, outubro 2010, pp. 147-162.
- LOPES, JOÃO Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. “Novo Código de Processo Civil e efetividade da jurisdição.” In *Revista de Processo*, vol. 188, ano 35, outubro 2010, pp. 163-174.
- MARCUS, Richard L. et. al. *Civil Procedure: a Modern Approach*. St. Paul, MN: West Group, 2000.

- MARINONI, Luiz Guilherme. Mitidiero, Daniel. *O Projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. “O papel da jurisprudência e os incidentes de uniformização no Projeto do Novo Código de Processo Civil.” In: ROSSI, Fernando et al. (coord.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 185-200.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. “Demasiados Recursos?” In *Revista de Processo*, vol. 136, ano 31. São Paulo: Revista dos Tribunais, junho/2006, pp. 9-31.
- \_\_\_\_\_. “O Processo Civil no limiar de um novo século.” In *Revista dos Tribunais*, vol. 781, ano 89. São Paulo: RT, nov. 2000, pp. 51-70.
- MORENO, Faustino Cordón et al. *Comentários a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I e II. Navarra: Editorial Aranzadi, 2001.
- ORIONE NETO, Luiz. *Recursos Cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- OST, François. O tempo do direito. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.
- PANTOJA, Fernanda Medina. *Recurso de Apelação Cível. Novas Perspectivas para um Antigo Recurso. Um Estudo de Direito Nacional e Comparado*. Curitiba: Juruá, 2010.
- \_\_\_\_\_. Reformas Processuais: Sistematização e Perspectivas. In *Revista de Processo*, vol. 160, junho 2008, p. 87-114.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil – Tomo VII, Arts. 496 a 538*, 3ª ed., rev. e aum. por Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- ROCHA, Felipe Borring. “Considerações iniciais sobre a Teoria Geral dos Recursos no novo Código de Processo Civil.” In *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, vol. VII, jan./jun. 2011. Disponível em [www.redp.com.br](http://www.redp.com.br), com último acesso em 20.07.2013.
- ROSSI, Fernando et al. (coord.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- SOKAL, Guilherme Jales. “A impugnação das decisões interlocutórias no processo civil.” In FUX, Luiz et al. (coord.). *O Novo Processo Civil Brasileiro – Direito em Expectativa*. Rio de Janeiro: Forense Jurídica, 2010, p. 365-432.
- SPENGLER NETO, Theobaldo; OLIVEIRA, Andriara Roberta Silva de. “Duplo grau de jurisdição no Direito Brasileiro: Condições e Possibilidades de uma Interpretação Constitucional sob a Ótica do Projeto de Lei 166/2010 – Novo Código de Processo Civil Brasileiro.” In *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, vol. VIII, jul./dez. 2011. Disponível em [www.redp.com.br](http://www.redp.com.br), com último acesso em 20.07.2013.
- TALAMINI, Eduardo. “Manifestação sobre a Reforma do CPC”. Disponível em [www.migalhas.com.br](http://www.migalhas.com.br), com ultimo acesso em 20.07.2013.
- TESHEINER, José Maria Rosa. “Em tempo de reformas – o reexame de decisões judiciais.” In *Revista de Processo*, vol. 147, ano 32. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/2007.
- \_\_\_\_\_. “Precisamos de um novo Código de Processo Civil?”. In ROSSI, Fernando et al. (coord.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 729-732.
- YEAZELL, Stephen C. *Civil Procedure*, 6th ed. New York: Aspen Publishers, 2004.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Recursos como uma forma de fazer ‘render’ o processo no Projeto 166/2010.” In *Revista de Processo*, vol. 189, ano 35, novembro 2010, pp. 275-283.

# ANÁLISE SISTEMA DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO PROJETO DE NOVO CPC COMO INSTRUMENTO DE ACESSO AOS TRIBUNAIS SUPERIORES

*Vê-se todos os dias a sociedade reformar a lei;  
nunca se viu a lei reformar a sociedade.”*

Jean Cruet

**FERNANDO GONZAGA JAYME<sup>1</sup> E  
MÁRIO HENRIQUE DE OLIVEIRA<sup>2</sup>**

## 1. INTRODUÇÃO

Completam quatro anos de tramitação no Congresso Nacional do projeto de novo Código de Processo Civil. De iniciativa do Senado Federal, os trabalhos foram iniciados por uma Comissão de Juristas presidida por Luiz Fux, à época Ministro do Superior Tribunal de Justiça, nomeados pelo Ato nº 379, em setembro de 2009. A Comissão submeteu àquela casa legislativa, em junho de 2010, o Anteprojeto. Proposto, por meio do PLS nº 166/2010, em dezembro do mesmo ano o Projeto foi aprovado com o substitutivo apresentado pelo Senador Valter Pereira e remetido à Câmara dos Deputados, onde se converteu no PL nº 8.046/2010.

Do intenso e extenso debate travado na Câmara (foram apresentadas 900 emendas), o texto substitutivo, apresentado pelo Deputado Federal Paulo Teixeira, em 2013, enfim, foi aprovado na Comissão Especial da Câmara dos Deputados e aguarda aprovação plenária. Com efeito, em diversos aspectos o Projeto de CPC aprovado na Câmara trilha caminhos distintos daqueles originalmente concebidos pela Comissão de Juristas. Todas estas modificações, contudo, justificam-se na preocupação de todos que atuam neste processo legislativo em harmonizar o processo civil com as garantias constitucionais do processo, visando a tornar o procedimento simplificado, econômico e o mais célere possível.

- 
1. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Relações Internacionais pela PUCMINAS. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Goiás. Professor Adjunto e Vice-Diretor da Faculdade de Direito da UFMG. Membro do Conselho Estadual de Defesa dos Direitos Humanos. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Conselheiro Seccional da OAB/MG. Advogado.
  2. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

Neste trabalho, analisam-se as inovações que se pretende implementar em relação aos embargos de declaração e sua repercussão no acesso aos Tribunais constitucionais. A abordagem, com a finalidade de contribuir para o debate jurídico, será feita de forma crítica e dialética, tendo como pano de fundo as normas da Constituição da República e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Acredita-se que a proposta de análise dos embargos de declaração no texto projetado e de sua repercussão nos pressupostos de admissibilidade dos recursos Especial e Extraordinário é de suma importância para se aferir a sintonia entre as proposições do Projeto e a Constituição da República. Afinal, uma das vertentes da reforma é exatamente a de incorporar à processualística civil os princípios e garantias constitucionais.

Além disso, o estudo considera os propósitos da reforma da legislação processual civil, ou seja, o combate à morosidade, ao formalismo e à inefetividade no exercício da função jurisdicional, a fim de resgatar o abalado prestígio do Poder Judiciário perante a sociedade. Objetiva-se, portanto, fazer uma análise da matéria onde serão sopesados os propósitos almejados com a reforma e a sua adequação à Constituição.

Tendo em vista a complexidade inerente ao tema, lamenta-se que as propostas legislativas para a disciplina dos recursos para os tribunais constitucionais não tenham sido precedidas de um diagnóstico dos problemas do processo e de suas causas. A falta de embasamento empírico é questão para a qual há muito tempo alerta a doutrina<sup>3</sup>.

Assim, a despeito das críticas feitas ao sistema recursal vigente – que perduram mesmo após sucessivas alterações do Código de Processo Civil –, as mudanças pretendidas pelo Projeto do novo CPC, correm o risco de serem reveladoras de uma realidade muito diversa da atual.

O estudo nos moldes pretendidos tem por premissa o conceito de recurso, a fim de individualizar o instituto e delimitar, metodologicamente, o objeto de análise.

A conceituação precisa do objeto do estudo norteará exposição que se seguirá, referente à reforma do sistema dos embargos de declaração projetada no novo CPC. O ponto fulcral é o exame da compatibilidade das propostas de mudança da legislação processual em relação à disciplina dos embargos de declaração com o texto da Constituição da República.

## 2. RECURSOS: CONCEITO

A concepção de um sistema recursal tem por premissas o reconhecimento da falibilidade das decisões judiciais e a imprestabilidade da solução extemporânea.

Marina França ressalta, ainda, que o direito de recorrer é “uma necessidade humana de manifestar irrisignação contra os atos que lhe são lesivos.”<sup>4</sup>

3. MONIZ DE ARAGÃO, E. D. *O processo civil no limiar de um novo século*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 89, vol. 781, nov. 2000, p. 53-54.

4. SANTOS, Marina França. *A garantia do duplo grau de jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 158.

A sistemática dos recursos posiciona-se entre dois modelos extremados, e do equilíbrio entre eles objetiva-se criar uma técnica de recorribilidade das decisões judiciais que propicie segurança jurídica em tempo razoável.

O sistema de jurisdição única, ao prestigiar a irrecorribilidade como regra, assegura a resolução dos litígios de forma mais ágil. Entretanto, assume o risco de suportar decisões irremediavelmente injustas. A outra extremidade seria um sistema de ampla recorribilidade, que não impõe limites à impugnação das decisões. Apesar de conferir segurança jurídica às decisões, que por meio dos recursos são amplamente reexaminadas em diversas instâncias jurisdicionais, as partes padecem com a longa espera pelo fim do processo<sup>5</sup>.

Moniz de Aragão, adverte, contudo, que a responsabilidade pela lentidão do processo não pode ser atribuída aos recursos, pois, se ele,

[...] no seu todo, funciona devagar e ninguém se preocupa com o porquê, devagar continuará a funcionar, embora reduzido o número de recursos. Mesmo que se chegue à extinção absoluta, que deixará os tribunais entregues à ociosidade, perdurará a lentidão da primeira instância.<sup>6</sup>

A superação do dilema celeridade/segurança jurídica deve reconhecer, em primeiro lugar, a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição, o que afasta, desde logo, a impossibilidade de se adotar um procedimento jurisdicional de instância única<sup>7</sup>, ainda que o recurso signifique um prolongamento do *iter* procedimental e consequente aumento do tempo de duração do processo.

O sistema recursal destina-se a concretizar a garantia de acesso à ordem jurídica justa, de modo que a discussão sobre a temática deve centrar-se na necessidade de existirem meios de impugnação das decisões judiciais que qualifiquem a prestação jurisdicional, sem sacrificar a razoabilidade do tempo de duração do processo.

Além disso, deve-se reconhecer que um sistema recursal eficiente é aquele no qual se preservam recursos suficientes para evitar, em face da preclusão ou da formação da coisa julgada, a consolidação de decisões equivocadas e, portanto, injustas.

Nesse passo, é nítido que a celeridade cede espaço à segurança jurídica, uma vez que o controle das decisões judiciais por meio dos recursos é um importante mecanismo de contenção do arbítrio judicial e da qualificação da prestação jurisdicional.

---

5. Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, v.5, p. 229.

6. MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Demasiados recursos?. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil – estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 177-204, p. 190.

7. O duplo grau de jurisdição é uma garantia constitucional que deriva da interpretação sistemática das normas constitucionais. Assim, o inc. LV do art. 5º, interpretado em conjunto com os arts. 108, inc. II e 125, todos da Constituição da República, não deixam dúvidas quanto à existência de uma garantia fundamental ao duplo grau de jurisdição.

O desafio que se apresenta ao sistema recursal é o de estruturar-se logicamente, prevendo razoável quantidade de espécies recursais sem que se sacrifique, desmedidamente, o prazo de resolução do conflito e que assegurem às partes e à sociedade confiabilidade na prestação jurisdicional.

Quanto à natureza jurídica dos recursos, no atual estágio da ciência processual, é de uma clareza solar sua distinção em relação às ações autônomas de impugnação de decisão judicial. A diferença é profunda entre estes institutos, pois o recurso, enquanto fase do procedimento, posterga a formação da coisa julgada<sup>8</sup>. As ações autônomas, por sua vez, implicam instauração de novo processo<sup>9</sup>.

É importante esclarecer, desde logo, o que se entende por recurso, pois seu conceito é fundamental para a compreensão dos recursos constitucionais e dos pressupostos estabelecidos para sua admissão. Aqui adotamos a insuperável lição de Barbosa Moreira, segundo o qual recurso seria o “remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”<sup>10</sup>.

A pretensão de reforma, invalidação, esclarecimento ou integração da decisão judicial deve ser deduzida mediante a indicação de *erro* ou *vício* do ato decisório ou do procedimento. É dizer, o sistema processual não tolera a interposição de recuso com o simples intento de postergar a solução do litígio; toda pretensão recursal deve ter como fundamento a existência de falha na prestação jurisdicional.

Firmados esses pontos preliminares, é preciso considerar as críticas a respeito da prodigalidade de recursos existentes em nossa legislação processual<sup>11</sup>. Deve ser avaliado, também, o impacto temporal dos recursos na duração do processo.

Salienta-se que a simples enumeração legal das espécies de recurso não é suficiente para concluir pela excessiva recorribilidade. Também não permite inferir que da previsão normativa de um recurso decorre seu regular manejo, com conseqüente protelação do resultado do processo – afinal, são fatos distintos: a previsão legal de um instituto jurídico e o seu efetivo manejo pelos operadores do direito. Acredita-se, por exemplo, que a atribuição de efeito meramente devolutivo aos recursos inibiria a sua interposição.

8. Esta noção é encontrada nos artigos 301, § 3º, e 467 do Código de Processo Civil vigente: “há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso” (grifo nosso) e “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”, respectivamente.

9. No mesmo sentido: NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: Teoria Geral dos Recursos*. 5ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 184; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 500.

10. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, v.5, p. 233.

11. A própria Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto menciona a questão: “No afã de atingir esse escopo [de detectar as barreiras para a prestação de uma justiça rápida] deparamo-nos com o excesso de formalismos, e com um volume imoderado de ações e de recursos.” (BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 8. Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em 20 de jan. de 2013).

Ademais, há técnicas de julgamento dos recursos que abreviam consideravelmente o tempo de duração do processo, como nas hipóteses em que se admite o julgamento monocrático pelo Relator.

Os recursos, enquanto instrumentos do processo justo e expressão da ampla defesa<sup>12</sup>, têm lugar consagrado em ordenamentos jurídicos de estados que se pretendem minimamente desenvolvidos. O nosso ordenamento jurídico não foge à regra:

A existência de recursos, além da regra geral nas nações civilizadas, tem, no Brasil, apoio singular, não só na tradição jurídica, como, mais especificamente, na tradição constitucional. Desde a Carta Imperial de 1824, sempre fez parte de nossas constituições (que não são poucas) o capítulo destinado a regular o Poder Judiciário, no qual é mencionada expressamente a existência de tribunais de segunda instância com a finalidade de julgar recursos dos atos dos juízes de primeiro grau, bem como a existência de tribunais superiores, que reveem os julgamentos das cortes inferiores.<sup>13</sup>

Há de ser ressaltado que o CPC em vigor apresenta uma sistematização recursal notável. A adequação e cabimento dos recursos passou a ser disciplinada por uma técnica processual por meio da qual a aplicação do princípio da fungibilidade recursal tornou-se exceção e a previsibilidade da espécie recursal cabível em face de cada decisão proferida trouxe maior segurança jurídica ao jurisdicionado.

A expectativa em relação ao Projeto de CPC é, portanto, a de que se mantenha a técnica processual capaz de simplificar o sistema recursal, sem, todavia, impor sacrifício às garantias de efetiva proteção judicial de do processo justo.

### **3. A EXPECTATIVA DA REFORMA EM RELAÇÃO AO SISTEMA DE RECURSOS: ANÁLISE DA EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

A Exposição de Motivos do Projeto do Novo Código de Processo Civil indica cinco objetivos, pautados na ideia de que a simplificação dos procedimentos enseja um processo mais célere e mais justo. São eles:

- 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia 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;

---

12. Com efeito, determina a Constituição da República, em seu art. 5º, LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

13. MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Demasiados recursos ?. In, FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil – estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 177-204, p. 186

- 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.<sup>14</sup>

Nota-se que os terceiro e quarto objetivos (quais sejam, simplificação e melhor rendimento do processo) estão intrinsecamente relacionados<sup>15</sup>. É por isso que tanto um quanto o outro justificam a uniformização dos prazos recursais, por exemplo.

O objetivo de melhor ajustar o Código à Constituição se revela, dentre outras, nas disposições que pretendem abreviar o tempo de duração do processo, no fortalecimento da garantia do contraditório e no dever de fundamentação adequada das decisões judiciais.

É necessário, contudo, apreciar se as disposições projetadas no novo CPC estão em sintonia com esses objetivos, especificamente no que diz respeito à adequação das técnicas de acesso aos tribunais superiores às normas constitucionais.

Deve-se ter em mente, ainda, que o Poder Público pode ser apontado como o maior responsável pela crise instalada nos Tribunais, visto que a administração, direta e indireta e dos três níveis federativos, abusam do direito de recorrer. O fato nada mais é que nítida expressão do caráter burocrático do Estado, que assoberba os tribunais com recursos muitas vezes “sabidamente inviáveis”<sup>16</sup>.

#### 4. UMA BREVE ANÁLISE QUANTITATIVA DOS RECURSOS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Qualquer avaliação da intensidade das mudanças a serem implementadas no sistema recursal deve partir do exame de dados empíricos, principalmente a percentagem de decisões que os tribunais modificam quando do julgamento dos recursos<sup>17</sup>.

---

14. BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. p. 14. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em 20 de jan. de 2013.

15. No dizer da Comissão de Juristas, “Vê-se, pois, que as alterações do sistema recursal a que se está, aqui, aludindo, proporcionaram simplificação e levaram a efeito um outro objetivo, de que abaixo se tratará: obter-se o maior rendimento possível de cada processo.” BRASIL. *Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Op. Cit. p. 28.

16. Recentemente, a própria Procuradoria-Geral da União vem repensando a forma com que atua em juízo, reconhecendo especialmente o insucesso de sua atividade recursal ante o STJ – 84% dos acórdãos proferidos por aquela Corte, em 2010 e 2011, em resposta a recursos interpostos pela União foram desfavoráveis a esta (AGU apresenta resultados do plano de redução de litígios no STJ. Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 4 nov. 2012. Disponível em <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=107953](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=107953)>> Acesso em 12 de fev. 2013)

17. BARBOSA MOREIRA, *op. cit.*, p. 472.

É necessário considerar, ainda, o fato de que o sistema recursal vigente confere lógica e coerência aos recursos, não deixando saudades em relação à confusão e perplexidade que reinavam na vigência do CPC de 1.939.

Os dados estatísticos, com as reservas que possam merecer, são trazidos com o intuito de reforçar os fundamentos teóricos, a fim possibilitar a verificação, em relação ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, se a recorribilidade para estes tribunais se manteve ascendente apesar da Emenda Constitucional nº 45/2004 e das reformas da legislação processual subsequentes, ou se houve uma redução no número de recursos interpostos em decorrência destas mudanças normativas.

É necessário, atentar, ainda para a circunstância de que

[...] apesar da intensa atividade legiferante ocorrida nas duas últimas décadas, modificando a Constituição da República e o Código de Processo Civil, com significativas alterações no procedimento dos recursos ordinários e nos fundamentos básicos e disposições essenciais dos recursos especial e extraordinário, ainda não foram irradiados, com toda intensidade, os efeitos em relação à efetividade do processo. As mudanças operadas no procedimento recursal carecem de tempo para que todo o potencial transformador se concretize.<sup>18</sup>

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no período compreendido entre 1989 e 2002, foram distribuídos 1.093.679 processos. À exceção dos anos de 1993 e 1998 (menos 536 e 4269 processos, respectivamente, em relação ao ano anterior), constata-se, no período, um crescimento apreciável do volume de processos em relação ao ano antecedente. Neste interregno, a quantidade de processos distribuídos anualmente no Superior Tribunal de Justiça, sofreu acréscimo superior a 1.000% (de 14.087 em 1990, para 149.722 em 2002).

Entre 2003 a 2012, intervalo de tempo menor que o analisado acima, o aumento do número de processos foi de 136%. Outro dado a ser considerado é que, diferentemente do período anterior, nesta década não há uma linearidade na taxa de crescimento do número de processos, intercalando-se períodos de aumento com outros em que há redução da quantidade de recursos pendentes de julgamento por aquele Tribunal. Contudo, não há estudos que nos permitam conhecer a razão desse fenômeno de assimetria quantitativa dos recursos. De qualquer forma, a partir dos números é possível constatar que o número de recursos distribuídos no STJ aumentou em percentual menor que o observado no período anterior (1989-2002).

A adoção da técnica dos recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça não se mostrou eficaz no que diz respeito à redução do número de recursos que ascendem àquela Corte. Entretanto, deve-se reconhecer que esta técnica trouxe maior efetividade, celeridade e racionalidade no processamento e julgamento dos recursos.

---

18. JAYME, Fernando Gonzaga; SANTOS, Marina França. A irrecorribilidade das decisões interlocutórias no projeto de novo Código de Processo Civil. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, v. 57, p. 142.

O volume assombroso de recursos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça não deve ser aceito com naturalidade, mas, sim, com estarecedor espanto, vez que a grande quantidade de julgamentos, inquestionavelmente, compromete a qualidade dos julgamentos. Neste contexto, são valiosas as palavras do Ministro Humberto Gomes de Barros, proferidas por ocasião de sua posse na presidência do STJ:

Desviado de sua nobre função, tende a se tornar um fator de insegurança. Às vésperas de completar vinte anos, o tribunal adolescente enfrenta crise de identidade. Preso a infernal dilema, vê-se na iminência de fazer uma de duas opções: – consolidar-se como líder e fiador da segurança jurídica, ou – transformar-se em rele terceira instância, com a única serventia de alongar o curso dos processos e dificultar ainda mais a prestação jurisdicional.

Intoxicado pelos vícios do processualismo e fragilizado pela ineficácia de suas decisões, o STJ mergulha em direção a essa última hipótese.

Para fugir a tão aviltante destino, adotou a denominada “jurisprudência defensiva”, consistente na criação de entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhe são dirigidos.

Outro artifício é a utilização da informática no exame e julgamento de processos. Em seu exercício, os processos repetitivos são agrupados conforme os temas e recebem decisão padronizada, aplicada pelo computador e firmada por assinatura digital.

Substituímos o juiz natural pelo juiz eletrônico.<sup>19</sup>

Em relação ao Supremo Tribunal Federal, percebe-se que os números lhe são mais favoráveis. É possível, inferir, portanto, que o pressuposto da transcendência do Recurso Extraordinário, introduzido com a EC nº 45/04, que passou a exigir do recorrente a demonstração da “repercussão geral” da questão constitucional discutida, foi uma iniciativa bem sucedida e \cujos efeitos se fizeram sentir mesmo a curto prazo. Com efeito, desde a regulamentação do instituto (e aqui destacam-se a lei 11.418/2006, que alterou o CPC, e a Emenda Regimental nº 27/2007, que adequou o regimento interno da Corte à legislação processual), o Tribunal vem experimentando uma redução considerável do número de julgamentos realizados anualmente. De mais de 159 mil processos julgados em 2007, para 87.874 apenas cinco anos depois – redução de, aproximadamente, 45% do volume de julgamentos.

Essa diminuição no número de processos que chegam anualmente ao STF não significa, entretanto, menor taxa de recorribilidade. O que acontece é que, por força do art. 543-B, § 1º do CPC, os recursos ficam sobrestados nos tribunais de origem, até que seja julgada a matéria constitucional pela Suprema Corte. Após o julgamento, os recursos sobrestados serão apreciados pelos órgãos jurisdicionais *a quo*, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. Se a decisão for mantida e admitido o recurso, o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassará ou reformará, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

19. Disponível em [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=551&tmp.texto=87057](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=551&tmp.texto=87057). Acesso em 01 de set. 2013.

De qualquer forma, não se pode negar que se trata de um resultado extremamente positivo produzido pela Emenda nº 45/04, pois ao reduzir o volume de processos endereçados ao STF, permitiu à Corte concentrar-se na resolução, com maior racionalidade, das questões que efetivamente carecem de julgamento, dispensando-se reiteração de julgamentos acerca de um mesmo tema.

Por outro lado, a despeito dos efeitos positivos produzidos pela dita Reforma do Poder Judiciário, não se pode desconsiderar que o volume de julgamentos anuais realizados pelo Supremo Tribunal Federal ainda é absurdo, o que repercute, diretamente, no tempo de duração do processo, pois é longa a espera por uma decisão do Guardião da Constituição.

## 5. OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO PROJETO DE NOVO CPC

Os embargos de declaração, nas suas origens, tiveram sua natureza recursal questionada. Por destinar-se à integração do julgado, atuando o embargante como uma espécie de *amicus curiae* (cuja atuação destina-se à qualificar a prestação jurisdicional) e por sua localização topográfica no CPC, situando-se fora do capítulo destinado aos recursos, alguns autores negavam aos embargos de declaração o *status* de espécie recursal<sup>20</sup>.

A impossibilidade de se alterar o julgado por meio dos declaratórios era ponto pacífico na jurisprudência, bem como a dispensa do contraditório ante os baixos nível de litigiosidade e potencial de dano à parte contrária decorrente de eventual integração do acórdão.

O passar do tempo e as reformas do Código de Processo Civil fizeram com que o cenário mudou. Firmou-se, enfim, a corrente que reconhecia a natureza recursal dos embargos de declaração, além de não mais causar espécie o recebimento e julgamento de declaratórios com efeitos modificativos – hipótese esta que demanda, por óbvio, adequações no seu procedimento, já que o contraditório, nesta hipótese, é garantia inafastável.

Outra mudança observável é certa distorção no manejo dos embargos de declaração. Trata-se de sua utilização para fins de prequestionamento de questões constitucionais ou legais, visando a atender um pressuposto que autorizaria a interposição de recursos extraordinário ou especial, conforme o caso.

Entretanto, é preciso esclarecer que o Código de Processo Civil vigente não admite embargos de declaração com intuito de prequestionar matérias não enfrentadas pelos tribunais. “A matéria não pode ser alegada pela primeira vez em embargos de declaração contra o acórdão do qual se pretende interpor RE ou REsp.”<sup>21</sup>

---

20. Vide, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 533.

21. NERY JR., Nelson. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 249.

Portanto, não se trata de mais uma hipótese de cabimento dos embargos de declaração. A possibilidade de se utilizar deste recurso para fins de prequestionamento se faz mediante a interposição dos declaratórios fundamentados na omissão da decisão embargada. Consequentemente, suprida a omissão, certamente a matéria constitucional ou legal terá sido apreciada pelo tribunal, o que possibilita à parte se valer dos recursos constitucionais.

O Projeto de CPC, ao disciplinar os embargos de declaração, acolheu “entendimentos jurisprudenciais e doutrinários reiteradamente manifestados”<sup>22</sup>. Exemplo disso é o reconhecimento da possibilidade de o acolhimento dos declaratórios ensejar a modificação do julgado, hipótese em que o embargado deverá ser intimado a se manifestar, em observância ao contraditório<sup>23</sup>.

A novidade refere-se, tão somente, à normatização deste procedimento no § 2º do art. 1036, haja vista que a jurisprudência é firme neste sentido, com precedentes, inclusive, do Supremo Tribunal Federal<sup>24</sup>, determinando a observância do contraditório.

Modificação bem vinda diz respeito ao efeito interruptivo dos embargos de declaração. Mais precisamente, as implicações da rejeição dos embargos de declaração sobre o recurso interposto pela parte contrária antes da publicação do acórdão que os julgou.

O projeto prevê na hipótese de rejeição dos declaratórios, o recurso da parte contrária será regularmente processado, “independentemente de ratificação”<sup>25</sup>. Advindo esta mudança, a jurisprudência defensiva do STJ<sup>26</sup> e STF<sup>27</sup> estará derrotada, cedendo espaço para prestigiar-se o acesso à justiça.

---

22. GONÇALVES, Gláucio Maciel; VALADARES, André Garcia Leão Reis. O sistema recursal no substitutivo barradas. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; *et alli* (org.). *Novas Tendências no Processo Civil – Estudos sobre o Projeto do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 183.

23. Na redação do substitutivo apresentado pelo Deputado Paulo Teixeira: “Art. 1.036. [...] § 2º O relator intimará o embargado para, querendo, manifestar-se sobre os embargos opostos caso seu eventual acolhimento implique a modificação da decisão embargada.”

24. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE nº 250.936, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 23-08-2002. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 01 de set. 2013.

25. “Art. 1.039. Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso. [...] § 2º Se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte, antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração, será processado e julgado independentemente de ratificação”.

26. BRASIL. STJ – EDcl no AgRg nos EAg 1291517-RJ, EDcl no AgRg no Ag 913194-RJ, EDcl no AgRg no Ag 524811-SP, AGRG NO ARES 206259-BA, AGRG NO AG 1372373-PR. Disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 01 de set. 2013.

27. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI nº 329.359-AgR, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ de 14.12.01; AI nº 508.525-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Carlos Britto, DJ de 4.11.05; AI nº 448.152-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 22.8.03; RE nº 447.090-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 24.6.05; ARE nº 638.700-AGR-ED, Plenário, Relator o Ministro Ayres Britto, DJ de 11.9.2012; RE nº 449.671-AgR-EDv-AgR, Plenário, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 16.12.2010; RE nº 421.232-AgR-ED, Segunda Turma, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 22.5.2009; e AI nº 497421-AgR-ED, Primeira Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJ de 29.2.2008. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 01 de set. 2013.

O entendimento jurisprudencial, atual, além de negar o princípio da complementaridade dos recursos<sup>28</sup>, sob o ponto de vista eminentemente prático, cria transtorno e perplexidade para a parte recorrente, porque, na maioria das vezes, no prazo para a interposição do recurso constitucional não constam registros noticiando a interposição dos embargos declaratórios.

A dispensa de ratificação, entretanto, se restringe aos casos de rejeição dos embargos de declaração e às hipóteses em que, à despeito do seu acolhimento, a decisão não for modificada. Caso o seja, a decisão anteriormente atacada pela parte contrária não terá o mesmo teor, donde a necessidade de o recorrente considerar se as razões de seu inconformismo ainda subsistem.

Todavia, a principal e mais ousada alteração que o projeto pretende implementar em relação à disciplina dos embargos de declaração refere-se ao franqueamento do acesso às cortes superiores, mediante a adoção do prequestionamento implícito

### **5.1. Embargos de declaração contra decisão monocrática nos tribunais e o agravo interno**

Em regra, no CPC em vigor, não se admitem embargos de declaração contra decisões singulares proferidas pelo relator. O recurso próprio a desafiar estas decisões é o agravo, no qual poderão ser deduzidas, inclusive matérias admissíveis em embargos de declaração.

No Projeto, entretanto, o art. 1037, § 1º admite, expressamente, a possibilidade de se interpor embargos de declaração contra decisão monocrática nos tribunais.

Neste ponto, o Projeto de CPC, vai na direção oposta aos objetivos preconizados na reforma. O legislador está criando mais uma hipótese de recorribilidade, até então inexistente e que não terá outra finalidade senão a de retardar, desnecessariamente, a marcha processual. Os embargos de declaração serão decididos, também monocraticamente, o que autorizará, posteriormente, a interposição de agravo interno a fim de cometer ao órgão colegiado o julgamento do recurso.

Assim, além do desnecessário dispêndio de tempo, o Projeto desconsiderar que o recurso de agravo interno possibilita o juízo de retratação, o que evita, caso exercido positivamente, a submissão do recurso a julgamento pelo colegiado.

Trata-se, portanto, do acréscimo de uma etapa inútil, que não agrega nenhuma vantagem à efetividade, à qualidade e à celeridade da prestação jurisdicional.

Na verdade, o princípio da eficiência, recomenda a supressão do § 1º do art. 1.037, mantendo-se o procedimento atualmente vigente. Isto é, deve-se manter o agravo como o recurso adequado para impugnar decisão monocrática nos tribunais, mantendo-se a inadmissibilidade dos embargos de declaração.

---

28. NERY JR., Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.152: "Pelo princípio da complementariedade, o recorrente poderá complementar a fundamentação do seu recurso já interposto, se houver alteração ou integração da decisão, em virtude de acolhimento de embargos de declaração. Não poderá interpor novo recurso, a menos que a decisão modificativa ou integrativa altere a natureza do pronunciamento judicial, o que se nos afigura difícil de ocorrer."

O agravo interno, disciplinado em único dispositivo do Projeto, traz consigo inovações importantes privilegiando o dever de fundamentação adequada das decisões, conforme se constata da leitura do dispositivo projetado:

Art. 1.034. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.

§ 1º Na petição de agravo interno, o recorrente impugnará especificadamente os fundamentos da decisão agravada.

§ 2º O agravo será dirigido ao relator, que intimará o agravado para manifestar-se sobre recurso no prazo de quinze dias, ao final do qual, não havendo retratação, o relator levá-lo-á a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta.

§ 3º É vedado ao relator se limitar à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno.

§ 4º Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor da causa atualizada.

§ 5º A interposição de qualquer outro recurso está condicionada ao depósito prévio do valor da multa prevista no § 4º, à exceção do beneficiário de gratuidade da justiça e da Fazenda Pública, que farão o pagamento ao final.

A louvável novidade prevista no § 3º do dispositivo acima transcrito, ainda que provavelmente acarrete maior carga de trabalho para o julgador, na medida em que exigirá do relator maior comprometimento com a fundamentação de sua decisão, a inovação atende aos ditames constitucionais e atente à comunidade jurídica que há tempos vem demandando uma melhoria qualitativa da prestação jurisdicional.

Em contrapartida, mantém-se a regra do atual § 2º do art. 557, que possibilita aplicação de multa, reduzida no Projeto para percentuais entre 1% e 5% do valor da causa quando manifestamente improcedente o recurso.

Com essa regra, impõe-se à parte nível de comprometimento análogo ao dever de fundamentação, pois, o agravante terá o ônus de interpor um recurso adequadamente motivado. A irresignação pela irresignação, com a interposição de agravo interno desmotivado, reiterando as razões da apelação ou do agravo de instrumento, tende a ser combatida e revertida em proveito do agravado – de certo, o mais prejudicado com o prolongamento despiciendo da discussão.

Para tanto, basta que os tribunais passem a fazer uso do permissivo legal que lhes autoriza a sancionar o recurso infundado, previsto na legislação processual desde 1.998.

A tendência da legislação processual de ampliar, cada vez mais, os poderes do relator para julgar monocraticamente, é algo irreversível, por se tratar de providência que racionaliza e acelera o trâmite do recurso, além de reduzir a carga de trabalho dos tribunais<sup>29</sup>.

29. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, v.5, p. 680.

O sucesso dessa iniciativa depende, entretanto, da disposição de o recorrente aceitar a decisão do relator como pronunciamento derradeiro do tribunal, tema que é controvertido.

Abrindo o debate sobre o tema, Fernanda Medina Pantoja sustenta a ideia de que esse procedimento retarda a tramitação dos feitos, em razão da recorribilidade da decisão monocrática, mediante a interposição do agravo interno poderá o julgamento da matéria ser submetido ao órgão colegiado<sup>30</sup>. Assevera a autora que ao se considerar conjuntamente o tempo dispendido entre o julgamento monocrático, a mobilização do órgão colegiado e a lavratura do acórdão, o resultado seria pior em termos de economia e celeridade processuais. Bastaria, portanto, para simplificar o procedimento, restringir as hipóteses de julgamentos singulares.

Contudo, pesquisa empírica realizada pela Fundação Getúlio Vargas, demonstra o contrário<sup>31</sup>.

A pesquisa realizada junto ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, coletou dados referentes ao julgamento de agravos internos contra decisões monocráticas proferidas em recurso de agravo de instrumento e de apelação no período de 2003 a 2008<sup>32</sup>.

Primeiramente, constatou-se que os recursos de agravo de instrumento e de apelação representam mais de 75% do número de feitos distribuídos no tribunal. Ressalvam-se apenas os anos de 2003 (74,9%) e 2004 (67,7%), nos quais a proporção foi menor.

Também foi constatado que, em média, apenas um terço das decisões monocráticas são impugnadas. Portanto, “aproximadamente 2/3 dos casos decididos pelo relator não são submetidos à apreciação do colegiado, encerrando-se com o julgamento monocrático”<sup>33</sup>.

Por fim, em relação ao tempo médio de tramitação dos feitos, a pesquisa apurou que “as decisões monocráticas seguidas de julgamento colegiado pela via do agravo interno, apesar de mais complexas, são mais céleres que os julgamentos colegiados ‘puros’”<sup>34</sup> com tempo de tramitação, em média, 30% menor.

Portanto, como (1) na maioria dos casos o recorrente acolhe a decisão singular do relator e, além disso, (2) nas hipóteses de recurso contra a decisão monocrática, o tempo para o julgamento se reduz, é razoável concluir que, ao menos no TJRJ, os

---

30. PANTOJA, Fernanda Medina. Reflexões iniciais sobre os possíveis formatos de Apelação no Projeto do Novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, ano 38, vol. 216, fev. 2013, p. 310.

31. FERRAZ, Leslie Shériida. *Decisão Monocrática e Agravo Interno: Celeridade ou Entrave Processual? A justiça do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Edição FGV Rio, 2009. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4143/Ferraz%20-%20Decis%C3%A3o%20monocr%C3%A1tica%20e%20agravo%20interno.pdf?sequence=1>>. Acesso em 24 jun. 2013.

32. FERRAZ, Leslie Shériida. *Decisão Monocrática e Agravo Interno: Celeridade ou Entrave Processual? A justiça do Rio de Janeiro*. Op. Cit., p. 21.

33. FERRAZ, Leslie Shériida. *Decisão Monocrática e Agravo Interno: Celeridade ou Entrave Processual? A justiça do Rio de Janeiro*. Op. Cit., p. 55.

34. FERRAZ, Leslie Shériida. *Decisão Monocrática e Agravo Interno: Celeridade ou Entrave Processual? A justiça do Rio de Janeiro*. Op. Cit., p. 76.

objetivos pretendidos pela legislação processual ao instituir o julgamento monocrático foram atingidos. A partir disso, é possível ver com bons olhos os intentos de ampliação dos poderes do relator como medida eficaz à diminuição do tempo de duração dos processos e da carga de trabalho nos tribunais.

## 5.2 Embargos de declaração prequestionadores como via de acesso aos tribunais superiores: inconstitucionalidade

Dispõe o art. 1.038 do Projeto:

Art. 1.038. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante pleiteou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados<sup>35</sup>, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

O requisito do prequestionamento é indispensável ao conhecimento dos recursos constitucionais, ainda que se trate de matéria de ordem pública, passível de exame de ofício nas instâncias ordinárias. É o que dispõem as Súmulas 282 e 356 do STF, a saber:

Súmula 282 do STF – É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

Súmula 356 do STF – O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

Assim, somente haverá prequestionamento caso o acórdão recorrido tenha emitido algum juízo de valor acerca do dispositivo tido como violado.

Há de se ter em mente, contudo, que o prequestionamento não constitui pressuposto autônomo de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial. Trata-se, em verdade, de corolário ou desdobramento lógico do texto constitucional na medida em que os arts. 102, inc. III e 105, III, da Constituição dispõem competir ao STF e ao STJ julgar recurso extraordinário ou especial interposto contra as **causas decididas** nas instâncias ordinárias. O recorrente, contudo, não está exonerado de atender aos demais pressupostos de admissibilidade destes recursos, tais como legitimidade, interesse, tempestividade, preparo prévio e petição fundamentada.

É neste sentido, que, há tempos, Nelson Nery Jr. ensina:

O verdadeiro requisito de admissibilidade do RE e do Resp é o cabimento, que só ocorrerá quanto às matérias que tenham sido efetivamente “decidas” pelas instâncias ordinárias (CF 102 III e 105 III).<sup>36</sup>

O entendimento também é perfilhado por Fredie Didier: “trata-se, na verdade, de etapa no exame do cabimento dos recursos extraordinários”<sup>37</sup>.

35. No substitutivo sugerido pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, de novembro de 2012, a redação era “[...] ainda que os embargos de declaração não sejam admitidos[...]”. Se mantida, ficaria a polêmica quanto a alcançar ou não a hipótese de não provimento do recurso (ou seja, *rejeição* dos embargos).

36. NERY JR., Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 301.

37. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. Salvador: Podivm, 2009, p. 262.

Ora, a Constituição ao estabelecer que, para fins de admissão dos recursos extraordinário e especial, a causa deve ter sido decidida pelo tribunal de origem, nada mais faz do que reforçar o papel que atribuiu ao tribunais constitucionais. A missão do STF e do STJ, respectivamente, é a de assegurar a uniformização interpretativa do Direito e a integridade das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Com efeito, não compete ao STF, em recurso extraordinário, conhecer de matéria nova, tampouco constitui o tribunal “terceira instância judicial”. Sua função precípua é a de zelar pela supremacia e unidade da Constituição da República, restaurando a integridade da norma constitucional quando violadas pelas instâncias ordinárias.

Ausente no acórdão recorrido a questão constitucional, a causa não foi decidida para o fim de possibilitar a interposição de recurso extraordinário, o que significa dizer que o tribunal não se pronunciou a respeito da matéria constitucional. Assim, não é juridicamente admissível que o recorrente inove após o julgamento de segundo grau de jurisdição, visando a provocar o prequestionamento e a viabilização do recurso extraordinário. Os embargos de declaração não se prestam a esse propósito. O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para o recurso especial.

Neste sentido, Marinoni e Arenhart:

A fim de que seja cabível, tanto o recurso especial como o extraordinário, é necessário que a questão legal ou constitucional já esteja presente nos autos, tendo sido decidida pelo tribunal (ou juízo, no caso de recurso extraordinário) *a quo*.<sup>38</sup>

Matéria prequestionada nada mais seria, então, do que a matéria previamente conhecida e decidida pelo tribunal de origem, como indicam Fredie Didier e Leonardo Cunha:

Os recursos extraordinário e especial pressupõem um julgado contra o qual já foram esgotadas as possibilidades de impugnação nas várias instâncias ordinárias ou na instância única. Não podem ser exercitados *per saltum*, deixando in albis alguma possibilidade de impugnação. As cortes de cúpula só devem manifestar-se sobre questão que tenha sido resolvida na instância ordinária. <sup>39</sup> (grifo nosso)

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal elucida que:

O prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido arguida pela parte recorrente. A configuração do instituto pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema. O procedimento tem como escopo o cotejo indispensável a que se diga do enquadramento do recurso extraordinário no permissivo constitucional. Se o Tribunal de origem não adotou tese explícita a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizado fica o entendimento sobre a violência ao preceito evocado pelo recorrente.<sup>40</sup>

38. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. Vol 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 572.

39. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 9ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, p. 266.

40. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ARE 700722 AgR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 31 jan 2013. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 15 de jun. 2013.

A questão é singela. Ao interpretar que “causas decididas” pressupõem o pronunciamento do órgão *a quo* sobre a matéria passível de impugnação pelos recursos constitucionais, o Supremo Tribunal Federal se atém aos limites da competência que lhe foi conferida pela Constituição da República:

O requisito do prequestionamento assenta no fato de não ser aplicável à fase de conhecimento do recurso extraordinário o princípio *jura novit curia*: instrumento de revisão *in jure* das decisões proferidas em única ou última instância, o RE não investe o Supremo de competência para vasculhar o acórdão recorrido, à procura de uma norma que poderia ser pertinente ao caso, mas da qual não se cogitou. Daí a necessidade de pronunciamento explícito do Tribunal *a quo* sobre a questão suscitada no recurso extraordinário: Sendo o prequestionamento, por definição, necessariamente explícito, o chamado "prequestionamento implícito" não é mais do que uma simples e inconcebível contradição em termos.<sup>41</sup>

Não se pode perder de vista, portanto, que se a questão constitucional não foi suscitada, oportunamente, na jurisdição ordinária, o manejo de embargos de declaração para fins de prequestionamento, após o julgamento do tribunal *a quo*, não se prestam a esse propósito<sup>42</sup>. Essa vedação explica-se pela inadmissibilidade jurídica de a parte, ao seu alvedrio, fabricar, por meio dos embargos de declaração, recursos constitucionais, independentemente do conteúdo da decisão impugnada. Seria juridicamente inexplicável o fato de a jurisdição excepcional, exercida pelos STF e STJ, estivesse submetida à vontade do jurisdicionado.

Essa possibilidade é lógica e juridicamente impossível de ser implementada pelo novo CPC em face da manifesta inconstitucionalidade.

Além disso, a prevalecer o texto projetado no novo CPC, a inconstitucionalidade é também formal, uma vez que a Constituição não atribuiu ao legislador poderes para ampliar as competências dos tribunais constitucionais, conforme decidido pelo STF, por ocasião do julgamento da ADI nº 2797:

Pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição: inconstitucionalidade declarada. (...) Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior. 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresce o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal – guarda da Constituição –, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal

41. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI 253.566 AgR. Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 15 fev. 2000. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 15 de jun. 2013.

42. STF, ARE 725034 AgR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, j. 03/09/2013, disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 27/09/2013.

da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia –, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames.<sup>43</sup>

Deste modo, “a simples oposição dos embargos de declaração, sem o efetivo debate acerca da matéria versada pelo dispositivo constitucional apontado como malferido, não supre a falta do requisito do prequestionamento, viabilizador da abertura da instância extraordinária”<sup>44</sup>.

O art. 1.038 do Projeto do novo Código de Processo Civil, em face do manifesto conflito com a interpretação da Constituição a respeito da matéria por ele regulada não pode, sob a forma de lei, ser incorporado ao nosso ordenamento jurídico. Somente emenda constitucional pode versar sobre essa matéria.

Assim, em face da manifesta inconstitucionalidade do disposto no art. 1.038 do Projeto de CPC, na hipótese de haver negativa de prestação jurisdicional pela instância *a quo*, mantém inalterada a técnica processual que hoje se pratica.

Desta maneira, se, apesar do manejo de embargos declaratórios, persistir a omissão, haverá violação da legislação federal – especificamente, do art. 535 do CPC –, o que autoriza a interposição de recurso especial. Nesse caso, provido o recurso pelo STJ, com a consequente cassação do acórdão recorrido, haverá a necessidade de o tribunal ordinário suprir a omissão. Somente após a integração do julgado pelo tribunal *a quo* é que se poderá aferir o cabimento do recurso extraordinário.

A Súmula 211 do STJ ao dispor sobre a inadmissibilidade do Recurso Especial quando a matéria não foi prequestionada, apesar do manejo de embargos de declaração, não exclui a admissibilidade do apelo extremo por violação ao art. 535 do CPC.

A análise do Projeto e das discussões que o permearam, evidencia que o fundamento utilizado para justificar a proposta contida no art. 1038, é totalmente casuístico. Buscou-se em um entendimento isolado do STF<sup>45</sup> transformar a exceção em regra. Entretanto, observa-se que a jurisprudência da Corte Constitucional, atualmente, é uníssona e não compactua com a admissão de recurso extraordinário com base em prequestionamento implícito.

Desta maneira, a facilitação de acesso aos tribunais constitucionais, conforme preconizado na proposta contida no art. 1038 do Projeto de CPC deve ser repudiada. Além da impropriedade técnica, o dispositivo é nitidamente inconstitucional porque a competência dos tribunais superiores e, por conseguinte, toda a sistemática refe-

43. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2797, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 19 dez. 2006. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 15 de jun. 2013.

44. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 627527, Rel. Min. LUIZ FUX, julgado em 04 dez. 2012. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 15 de jun. 2013.

45. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 334279, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 15 jun. 2004.** Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 15 de jun. 2013.

rente aos recursos extraordinários e seus pressupostos de admissibilidade são ditados soberanamente pela Constituição. A modificação do sistema por meio de inovação na legislação codificada é inconstitucional e, portanto, inaceitável.

Não se questiona, ainda, o fato de o dispositivo em questão trair os próprios objetivos da reforma. Ao facilitar o acesso às cortes superiores – em flagrante contrariedade à técnica jurídica – o projeto caminha na contramão da Reforma do Poder Judiciário. A flexibilização dos pressupostos recursais dos recursos constitucionais estimula a recorribilidade, possibilitando a prorrogação do tempo de duração do contrato.

Mais uma vez a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, legítimo detentor da última palavra a respeito da interpretação jurisdicional da Constituição da República, nos fornece os argumentos necessários para confirmar a inconstitucionalidade do dispositivo sob exame:

O requisito do prequestionamento obsta o conhecimento de questões constitucionais inéditas. Esta corte não tem procedido à exegese a contrário sensu da Súmula STF 356 e, por consequência, somente considera prequestionada a questão constitucional quando tenha sido enfrentada, de modo expresse, pelo Tribunal a quo. A mera oposição de embargos declaratórios não basta para tanto. Logo, **as modalidades ditas implícitas e ficta de prequestionamento não ensejam o conhecimento do apelo extremo**. Aplicação da Súmula STF 282: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”<sup>46</sup> (grifo nosso).

Registro, por oportuno, que, ante a ausência de efetiva apreciação de questão constitucional por parte do Tribunal de origem é inadmissível o apelo extremo. É igualmente **inadmissível o prequestionamento implícito ou ficto**. Nesse sentido: RE nº 681.953/DF-AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 9/11/12; e AI nº 735.115/RS-AgR, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe de 11/5/12.<sup>47</sup> (grifei).

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da fase avançada em que se encontra a tramitação do processo legislativo do Projeto de CPC, os debates não devem se encerrar e as possibilidades de alteração do texto devem permanecer disponíveis, principalmente porque a tramitação do projeto não foi precedida de um diagnóstico prévio, a fim de identificar especificamente os problemas a serem combatidos.

Assim, alguns dispositivos, como o analisado neste trabalho, escancaradamente conflitante com a Constituição, bem como aqueles que não enfrentam os reais problemas da prática forense devem continuar submetidos ao crivo do debate democrático.

46. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 591.961/RJ. Relator Ministra Rosa Weber. Julgado em: 05.02.2013. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 27 de set. 2013.

47. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 763.915/RJ. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em: 12.03.2013.

A celeridade e a eficiência do processo civil não serão alcançadas se se mantiver o descompasso entre o Projeto e o modelo constitucional de processo, ao contrário, há o risco de retrocessos.

A Constituição da República de 1988 reformula as bases de toda a processualística, fincando as raízes do devido processo legal, bem como a sistemática e organização do Poder Judiciário.

A vinculação expressa do Projeto de CPC aos princípios constitucionais é, certamente, um dos pontos mais relevantes da codificação porvir.

Entretanto, o que se exige é que não só os princípios gerais do processo civil estejam vinculados à Constituição, mas todo o texto do projeto deve estar harmônico com a norma suprema.

A proposta de flexibilização dos pressupostos de admissibilidade dos recursos constitucionais, com a possibilidade de impugnação de matérias por meio de recursos extraordinário e especial, não prequestionadas.

As críticas ao art. 1.038 do Projeto de CPC, podem ser sintetizadas na circunstância de que a Constituição é quem estabelece, com exclusividade, a (1) competência dos nossos tribunais superiores e (2) define as hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais.

Portanto, os embargos declaratórios ao se proporem a alterar a sistemática dos recursos extraordinário e especial, o legislador ordinário exacerbou suas atribuições. E mesmo que o intento de harmonizar a jurisprudência acerca do prequestionamento das matérias objeto de impugnação em sede de recurso constitucional fosse acertado – o que, como visto, não é o caso –, a proposta ainda padeceria de inconstitucionalidade formal.

Enfim, a despeito do tempo de tramitação do Projeto de CPC, verifica-se que o projeto ainda está aquém do esperado e demanda maior maturação para dar uma resposta à altura da tradição da processualística brasileira a fim de apresentar soluções adequadas à complexidade dos problemas da nossa prática forense harmônicas com a Constituição da República.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. AGU. *AGU apresenta resultados do plano de redução de litígios no STJ. Superior Tribunal de Justiça*. Brasília, 4 nov. 2012. Disponível em <<[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=107953](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=107953)>>
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, v. 5.
- BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Código de Processo Civil: Anteprojeto/ Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 9ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

- FERRAZ, Leslie Shériida. *Decisão Monocrática e Agravo Interno: Celeridade ou Entrave Proessual? A justiça do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Edição FGV Rio, 2009. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4143/Ferraz%20-%20Decis%C3%A3%C3%A3o%20monocr%C3%A1tica%20e%20agravo%20interno.pdf?sequence=1>>. Acesso em 24 jun. 2013.
- GONÇALVES, Gláucio Maciel; VALADARES, André Garcia Leão Reis. O sistema recursal no substitutivo Barradas. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; *et alli* (org.). *Novas Tendências no Processo Civil – Estudos sobre o Projeto do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 177-188.
- JAYME, Fernando Gonzaga; SANTOS, Marina França. A irrecorribilidade das decisões interlocutórias no projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 57, p. 139-160.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.2.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Demasiados recursos ?. In, FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil – estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 177-204, p. 190.
- MONIZ DE ARAGÃO, Ergas. Dirceu. O processo civil no limiar de um novo século. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 89, vol. 781, nov. 2000, p. 51-70.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: Teoria Geral dos Recursos*. 5ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ª Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- PANTOJA, Fernanda Medina. Reflexões iniciais sobre os possíveis formatos de Apelação no Projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, ano 38, vol. 216, fev. 2013, p. 305-332.

# O DIVÓRCIO E A DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: AVANÇOS E RETROCESSOS.

*“Quando se quer mudar os costumes e os modos, não se deve mudá-los pelas leis”. (Montesquieu, in: “O Espírito das Leis”)*

**FERNANDO HORTA TAVARES<sup>1</sup> E  
ZAMIRA DE ASSIS<sup>2</sup>**

## INTRODUÇÃO

Esse artigo apresenta uma análise documental dos avanços alcançados pela sociedade brasileira, e refletidos na sua legislação constitucional desde 1977 com a aprovação da Emenda Constitucional nº 9, que alterou a redação do § 1º artigo 175 da Constituição Federal de 1967, para introduzir a possibilidade de dissolução do casamento no Brasil, até a Emenda Constitucional nº 66 que modificou a redação do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, para eliminar a necessidade de prévia da separação judicial ou da separação de fato para se alcançar o divórcio.

Os documentos analisados permitem afirmar que as alterações legislativas havidas apontam para uma crescente emancipação concedida aos casais na tomada de suas decisões pessoais para manutenção ou não do vínculo do matrimônio.

O Código de Processo Civil que se anuncia, ao tratar do procedimento de divórcio deveria confirmar essa tendência, contudo a manutenção da separação judicial no Projeto conspira para um retrocesso incompatível com o projeto emancipatório consagrado pela Constituição.

Para ilustrar a assertiva far-se-á, aqui, uma análise de diversos diplomas legais, em razão de sua imbricação temática. Este estudo inter-normativo se faz necessário tendo em vista as características que se revestem as categorias jurídicas do divórcio e da separação face a sua inclusão, na Parte Especial do Projeto do Novo CPC, no título dedicado aos “Procedimentos Especiais”.

- 
1. Pós-Doutoramento em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), Instituição em que é Professor da Graduação e da Pós-Graduação. Presidente do Instituto de Investigação Científica Constituição e Processo (Registro CNPq). Pesquisador da FCT – Fundação para a Ciência e Tecnologia (POR). Advogado.
  2. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Professora de Direito Civil nas áreas de Família, Sucessões e Obrigações da PUC Minas. Vice-Presidente do Instituto de Investigação Científica Constituição e Processo. Pesquisadora-Líder do Observatório da Família (CNPq). Advogada.

Com efeito, a par da vinculação aos os Princípios Constitucionais do Devido Processo previsto na Parte Geral do Novo Código (Livro I), a nova legislação processual brasileira dá tratamento específico a certos procedimentos, ditos especiais, nos quais avulta o elevado grau de influência do denominado “direito material”, especialmente o Direito Civil a ambos subordinados à Ordem Constitucional Social da Família, contendo o atual Código de Processo “normas heterotópicas”, sendo difícil o intérprete identificar quais as normas processuais e quais as normas de “direito material”, como lembrado por Vicente Greco (1997:200), no que lhe seguiu a novel codificação procedimental, inclusive na incidência supletiva das regras do “Procedimento Comum” (art. 319, parágrafo único).

Daí a necessidade do resgate histórico dos temas objeto deste artigo – divórcio e separação judicial – a partir de sua previsão nas Constituições de 1967 e 1988, e respectivas alterações, bem ainda no Código Civil e no Código de Processo Civil para, afinal, procurar demonstrar uma alta carga de transferência de argumentos religiosos e morais transpostos até mesmo para as regras processuais e que resultaram sob a nossa ótica, no retrocesso da manutenção da separação judicial no Projeto do NCPC, não obstante sua expressa supressão pelo legislador constituinte derivado em 2010 (EC-66/2010).

## **1. INGRESSO DO DIVÓRCIO NO BRASIL PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 9 DE 1977**

No Brasil, até o ano de 1977, a indissolubilidade do casamento manifestou-se como norma expressa nas Constituições de 1934 (art. 144), 1937 (art. 124), 1946 (art. 163) e 1967 (art. 175), e cada votação congressista em torno da indissolubilidade do vínculo matrimonial era acompanhada da intransigência dos antídvorcistas da época, com inflamados discursos que não dissociavam a legalidade da sacralidade do casamento (e isto, em plena República!).

O mesmo sucedeu em 1977 na votação da Proposta de Emenda Constitucional nº 9 de 1977, de autoria do Senador Nelson Carneiro e outros parlamentares. Referida Proposta, por versar matéria conexa, tramitou em conjunto com as de nºs. 1, 6, 10, 11 e 12 todas do mesmo ano, de iniciativa, respectivamente, dos Deputados Nina Ribeiro, Emmanoel Waismann, Rubem Dourado, Cantídio Sampaio e Airon Rios.

Cada uma dessas propostas tinha em vista introduzir a dissolubilidade do casamento no Brasil, porém, o conteúdo de cada uma delas variava em maior ou menor grau de facilitação do rompimento do vínculo matrimonial, visando contornar a resistência da ala antídvorcista.

A mensagem subjacente nos discursos parlamentares contrários ao divórcio na década de 70, sob o pretexto de proteger os filhos e a família nuclear e monogâmica, buscava utilizar-se da lei para dificultar a dissolução do matrimônio ao mesmo tempo que atribuíam um “papel” a ser exercido pela mulher no interior do lar.

Assim, a Proposta de Emenda à Constituição de nº 1 de 1977 pretendia suspender a vigência do § 1º do art. 175<sup>3</sup> da Constituição até que, por meio de plebiscito, fosse delegado ao povo a decisão sobre a manutenção ou revogação definitiva da indissolubilidade do casamento.

Por essa ocasião, o Senador Ruy Santos, manifestando-se contrariamente à proposta de suspensão do dispositivo e da própria consulta popular, discursou dizendo que a idéia do plebiscito “é um disfarce à idéia central da proposição” e, adentrando o mérito da proposta afirmou que o problema dos desajustes no casamento teriam sido “causados pelo trabalho da mulher”, conforme se lê:

“Os argumentos pró e contra o divórcio são já de conhecimento de todos os parlamentares. Não há por que renová-los. Os próprios autores da proposição dizem, em sua justificativa, que não há o que renovar na argumentação. Quanto a mim, sempre votei contra a dissolubilidade do matrimônio. E não face as razões de natureza religiosa, que seriam válidas. Eu sei que há desajustamento entre marido e mulher. Sei que lares desfeitos se reconstituíram irregularmente em ótimas condições de vida. A solução para esses desajustamento, porém, não é o divórcio. Esposo e esposa são normalmente egoístas ao tomarem esse rumo. Vêem somente o interesse pessoal; não pensam nos filhos, os grandes prejudicados com o divórcio. Há uma crise na família brasileira, todos nós sabemos. Há até filhos que se rebelam contra os pais; isso, porém, constitui uma minoria. E essa rebeldia é, em parte, decorrente da falta de assistência e até de convivência permanente de pais com filhos. O trabalho da mulher, quando casada, criou esse problema. Que não esperar do filho que se despeda, definitivamente, do pai, ou da mãe, com o lar desfeito? (Revista de Informações Legislativas-LIS nº 55/1977, p.48)

A Proposta de Emenda à Constituição de nº 6, por sua vez, procurou conciliar as posições pró e contra a dissolubilidade do casamento, levando em conta que o argumento central dos que se opunham a ele tinha como base os princípios religiosos do vínculo matrimonial, para criar duas espécies de casamento: um religioso com efeitos civis e indissolúvel, e outro simplesmente civil e dissolúvel, deixando aos nubentes a possibilidade de uma escolha prévia.

Já a Proposta de Emenda à Constituição de nº 10 de 1977 pretendia manter a indissolubilidade como regra, criando porém, um divórcio limitado que, posto ser admitido, só poderia ser invocado uma única vez. Era a seguinte a redação dessa PEC: “Artigo único. – O § 1º do art. 175 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, passará a vigorar com a seguinte redação: § 1º – O casamento é indissolúvel, exceto nos casos de separação dos cônjuges por mais de seis anos, ou após quatro anos do desquite, concedida a dissolubilidade uma única vez.”

Para justificar a proposta o congressista Rubem Dourado, em tese inusitada, equiparou o divórcio ao direito recursal nos processos judiciais dizendo que este “mantém a mesma mens legis da apelação quanto ao mérito, pois permite uma revisão, um re-

---

3. Redação do Art. 175 da CRB/1967 (EC-1/69): “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º O casamento é indissolúvel.”

exame do ato jurídico do casamento, para corrigir-lhe o erro praticado”, e completou afirmando que “já dissemos que não se pode estender o caráter sacramental do matrimônio religioso, em sua rigidez dogmática ao plano civil, erigindo-se um sacramento da Igreja em princípio constitucional, confundindo-se os poderes espiritual e temporal” (LIS nº 55/1977 p.258)

Por fim, as Propostas de Emenda à Constituição de nº 11 e 12 pretendiam remeter a questão à Lei complementar, retirando-se o tratamento constitucional da indissolubilidade do casamento. A última insurgia-se contra o estabelecimento de prazos para concessão do divórcio, entendendo que isto seria como “instituir-se uma mora para a infelicidade. Um purgatório para o exorcismo de pecados”.

Na justificativa encontra-se o único discurso visionário de identificação da família independentemente da sua origem ter se dado pelo casamento:

“Entretanto, a proteção da família não se encontra e restringe-se apenas a rigidez da indissolubilidade do casamento, como ainda se pretende insistir, de maneira minoritária, através de setores radicais e, às vezes, inatualizados. A família é toda aquela que se constitui, ou se recria, sob os fundamentos e a proteção da lei e das normas morais. Não convém a lei ou a família, por não ser dos seus interesses sob quaisquer aspectos, que os vínculos se mantenham, quando, de fato, estão interrompidos e inteiramente impossibilitados de se restaurarem. (...) o desquite é a mentira que a sociedade supostamente inspirada em princípios cristãos, criou, para evitar a solução racional do divórcio”. (LIS nº 55/1977, p. 269)

A 8 de junho de 1977, a Comissão Mista enviou ofício ao Sr. Presidente do Congresso Nacional solicitando a leitura oral do parecer do relator Senador Ruy Santos (Arena-BA), que concluía pela rejeição de todas as propostas e, por consequência, pela rejeição do divórcio no Brasil (inclusive a Proposta de nº 9, que será adiante comentada, por ter sido a vencedora em segundo turno de votação). O parecer lido no primeiro turno exortava o perigo que o divórcio representaria, sobretudo, para as mulheres, como se lê no trecho seguinte:

“Argúi-se, porém, em favor do divórcio, que ele trará a libertação da mulher, como se dissessem: a escrava torna-se livre. O Jornal de Brasília publicou, no dia 15 de maio, uma página inteira sobre uma reunião, em Brasília, do Clube dos Desquitados. Clube dos desquitados! Sinal dos tempos! Exibição de um estado! Eram 50% de solteiros, 36% de desquitados, 7% de casados e 7% de viúvos. Maior número de desquitados que de desquitadas. Dança... Música.. . Possivelmente o sambão. Mas, na maioria, de certo, música importada. E o repórter a ouvir a um e a outro dos presentes. Só um português disse o seu nome; nos casados não seria possível a identificação. Um dos presentes, aliás, declarou: já tive duas uniões depois que me desquitei.. .

A reportagem do Jornal de Brasília é um retrato, em ponto pequeno, da dissolução da família. Enganam-se, pois, as mulheres que pensam que o divórcio é a sua libertação. E mais escravas elas ficarão se tiverem filhos. E se não os tiveram, as atormentará a frustração do sentimento maternal. A fuga a maternidade há de lhes doer, muito mais, quando na velhice lhes faltar o carinho e a assistência do filho. Ai, sim, é que será a solidão. Talvez sem remédio. É bom não esquecer, de outra parte, que a

mulher envelhece mais depressa que o homem. Ou mais cedo perde os seus atrativos. Perda a que nem sempre a plástica dá jeito, no espichar ou no reconstituir. Mas se o divórcio não beneficia a mulher, é funesto para a prole na sua formação, na sua educação, na sua sociabilização. Hoje como ontem. E os argumentos apresentados são sempre os mesmos. Que há casais infelizes há. A infelicidade na vida é construída, porém, quase sempre por nós mesmos. É saber contorná-la". (LIS nº 55/1977 p. 271/285)

Passando ao largo destas considerações, iniludivelmente de ordem religiosa e moral, a proposta nº 9 de 1977 foi vencedora em segundo turno de votação com 226 votos e deu nova redação ao art. 175 da Constituição Federal de 1967 com a seguinte redação:

“ Art. 1º – O § 1º do art. 175 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 175 – .....

§ 1º – O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos."

Art. 2º – A separação, de que trata o § 1º do art. 175 da Constituição, poderá ser de fato devidamente comprovada em juízo e pelo prazo de cinco anos, se for anterior a data desta Emenda."

É de se registrar, por derradeiro, que o Congresso Nacional já havia aprovado, em 08.05.1975 a EC nº 5 aceitando a dissolubilidade do casamento, mas a aprovação não surtiu os efeitos porque não contou com 2/3 da totalidade dos congressistas. Quando da votação da EC 9/1977, manteve-se na rigidez da norma constitucional a necessidade da prévia separação judicial com rigor do prazo de três anos. Impunha-se, com isso, o tempo de espera até o divórcio como último bastião da decisão final do cônjuges. Consta da justificativa que:

"A separação judicial apenas ocorre como conseqüência de prolongadas divergências conjugais e que deságuam no foro somente depois de esgotadas todas as tentativas de entendimento. O prazo de três anos é assim bastante para que se constate se tais divergências se tornaram irremovíveis". (LIS nº 55/1977 p. 292)

## 2. RESQUÍCIOS ANTIDIVORCISTAS NA LEI Nº 6.515/1977 REGULAMENTADORA DO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL

Aprovada a EC nº 9/1977 coube à Lei 6.515/1977 regular os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e o respectivo procedimento. Nos moldes da reforma constitucional havida, para se alcançar a dissolução do vínculo matrimonial seria necessário ainda vencer todos flancos protetores da rigidez do matrimônio, a exemplo da separação judicial prévia, resultado da transformação do antigo desquite<sup>4</sup>.

4. O art. 39 da Lei 6.515/1977 trouxe a seguinte redação: "O capítulo III do Título II do Livro IV do Código de Processo Civil, as expressões "desquite por mútuo consentimento", "desquite" e "desquite litigioso" são substituídas por "separação consensual" e "separação judicial". E os artigos 42 e 43 converteram, automaticamente, as causas em andamento e as sentenças de desquite já proferidas, em separação judicial.

Assim, a Sociedade Conjugal, configurada pela vida em comum do casal, teria seu fim pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial e, pelo divórcio, porém, o “casamento válido”, ou seja, o vínculo jurídico entre os cônjuges somente poderia ser dissolvido pela morte ou pelo divórcio.

Inicialmente o pedido de dissolução do vínculo pelo divórcio somente poderia ser formulado uma única vez, conforme dispunha o artigo 38 da Lei em comento. A aplicação desse preceito, todavia, trouxe graves e incontornáveis inconvenientes, dentre eles, o caso da pessoa solteira que se casasse com outra já divorciada e que estaria, por isso, impedida de obter um segundo divórcio. Não havia como conceder a dissolução do vínculo apenas ao cônjuge que se casou na condição de solteiro e manter o outro casado, e pior seria negar ao primeiro o direito constitucional de divorciar-se. Esse artigo só foi revogado doze anos depois, em 1989 pela Lei 7.841.

A completa dissolução do vínculo só poderia ser alcançada após prévia separação judicial por mais de 03 (três) anos (art. 25), prazo que foi reduzido para 01 (um) ano em 1992 pela redação da Lei 8.408; tratava-se da conversão da separação judicial em divórcio.

O “divórcio direto”, assim denominado quando não antecedido da separação judicial, na versão inicial da Lei do Divórcio exigia, contudo, que houvesse separação de fato, ou seja, inexistência de vida em comum, e estava previsto apenas para atender os rompimentos anteriores a data da Emenda Constitucional nº 9, ou seja, anteriores a 28.06.1977, e assim mesmo, desde que completados 5 (cinco) anos (art. 2º da EC/9 e art.40 da Lei 6.515/77).

Em 1989, com a lei 7.841 os efeitos e o alcance da separação de fato em direção ao divórcio foram potencializados para atender todos os casos em que houvesse rompimento da vida em comum, e o prazo foi reduzido para 02 (dois) anos consecutivos.

A separação judicial, por sua vez, poderia ser pedida por um dos cônjuges a qualquer momento quando imputasse ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importasse em grave violação dos deveres do casamento e que tornasse insuportável a vida em comum, ou ainda, se se provasse a ruptura da vida em comum há mais de cinco anos consecutivos e a impossibilidade de sua reconstituição (prazo que em 1992 foi reduzido para 01 (um) ano).

A separação judicial a pedido de ambos os cônjuges, ou seja, por mútuo consentimento, exigia a existência de mais de 2 (dois) anos de casamento.

No plano processual, a Lei do Divórcio fez do juízo o guardião do casamento em, pelo menos, duas oportunidades. No art. 3º incumbia o juiz de, em audiência, promover todos os meios para que o casal se reconciliasse ou transigisse, devendo ouvir pessoal e separadamente cada um e, a seguir, reunindo-os em sua presença, se assim considerasse necessário<sup>5</sup> e, no § 2º do artigo 34, permitia-lhe recusar a homologação

---

5. De forma velada indicava a lei que, nesse momento, os advogados não estariam presentes, já que a redação do § 3º dizia que “Após a fase prevista no parágrafo anterior, se os cônjuges pedirem, os advogados deverão ser

e não decretar a separação judicial, se comprovasse que a convenção, manifestada na separação consensual, não teria preservado suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.

Por fim, o artigo 31 vinculava a decretação do divórcio à decisão sobre a partilha de bens na separação judicial, e o inciso IV do § 2º artigo 40, dispunha que o divórcio somente poderia ser concedido se houvesse prévia partilha de bens<sup>6</sup>.

A exigência de decisão acerca da partilha de bens para decretação do divórcio visava, sobretudo, proteger a separabilidade e integridade dos bens comuns em caso de novo matrimônio, mas a inobservância de boa técnica legislativa na redação do dispositivo gerou problemas de aplicação, estendendo por vários anos as ações de divórcio. É que o artigo 31 está inserido no capítulo da lei que trata do divórcio antecedido por separação judicial, ou seja, da conversão da separação judicial em divórcio.

O chamado “divórcio direto”, antecedido de separação apenas de fato só foi tratado nas disposições finais da lei, o que, a princípio colocaria essa modalidade imune à exigência da partilha prévia. Antes de 1988, a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal cujo entendimento não era uniforme, ora estendendo a exigência da partilha prévia tanto para o divórcio por conversão quanto para o divórcio direto (RE 92.216/PR de 1981), ora restringindo a exigência de prévia partilha do divórcio por conversão (RE 102.740/RJ de 1985 e RE 102.142/RJ de 1984).

A partir de 1988 a competência pela uniformização da interpretação da lei federal em todo o país passou para o Superior Tribunal de Justiça que, sobre a questão da prévia partilha de bens para decretação de divórcio, editou a Súmula 197 restringindo a exigência ao divórcio direto com a seguinte redação: “O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens”<sup>7</sup>.

Curiosa a situação, já que seria muito mais provável não haver resolução acerca da partilha dos bens nas separações de fato, aquelas em que os cônjuges simplesmente interrompem a convivência sem oficializar a decisão, do que naqueles casos em que já houvessem ajuizado a ação de separação.

De todo modo, essa exigência implicaria, na grande maioria dos casos em longa espera pela dissolução do vínculo, pois as disputas em torno da partilha de bens constituía o maior, senão o único, entrave ao divórcio na sua forma consensual.

Foi somente com a Lei 10.406/2002, que promulgou o Código Civil, que as duas situações de divórcio passaram a ter o mesmo tratamento, já que o artigo 1.581 passou a dispor, sem distinguir se “direto” ou “por conversão”, que “o divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens”.

---

chamados a assistir aos entendimentos e deles participar”

6. Art. 40. (...) IV – a partilha dos bens deverá ser homologada pela sentença do divórcio.

7. Nesse sentido as seguintes decisões do STJ: REsp 58991/SP, REsp 81571/SP, REsp 11.5341/ES e REsp 768400.

Além disso, o Código Civil Brasileiro tratou, no capítulo X do Livro IV (Do Direito de Família), nos artigos 1.571 a 1582 “Da dissolução da Sociedade e do Vínculo Conjugal”, porém não inovou substancialmente em relação àquilo que já era previsto na Lei 6.515/1977.

No § 1º do artigo 1.571, incluiu a presunção de ausência entre as causas de dissolução do vínculo conjugal; reduziu de 2 (dois) para 1 (um) ano o prazo necessário de vigência do casamento para que o pedido de separação judicial por mútuo consentimento, previu a possibilidade de concessão do divórcio sem que tenha havido prévia partilha de bens, e manteve a culpa pelo rompimento da sociedade conjugal, expressa na redação do artigo 1.572 nos termos seguintes: “Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum”.

A par da legislação civilista, no plano procedimental a estrada para ampliar a autonomia das pessoas que desejavam divorciar-se ou separarem-se foi facilitada com o advento da Lei 11.441/2007 mas consolidou-se, sobretudo, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010, que alterou a redação do parágrafo 6º., do art. 226, marcos inconfundíveis do início da desjudicialização da dissolução da sociedade conjugal, como se verá a seguir.

### 3. A DESJUDICIALIZAÇÃO DO DESVÍNCULO MATRIMONIAL

#### 3.1. A separação e o divórcio por escritura pública

Em Janeiro de 2007 foi promulgada a Lei 11.441 que, alterando dispositivos do Código de Processo Civil, possibilitou a realização de separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Essa lei, fruto do Projeto de Lei na Câmara nº 6.416/2005 (PLS155/2004), veio lastreada no “ Pacto de Estado em Favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano”, conforme parecer da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara exposta no parecer do Relator, Deputado Maurício Rands, entretanto, não passou incólume ao discurso pela conservação do matrimônio “em prol da família”, como se lê nos votos em separado dos deputados Jefferson Campos e Almir Moura.

Segundo esses parlamentares não haveria e nem poderia haver “liberdade absoluta” em matérias relacionadas ao matrimônio pois, acima da vontade dos cônjuges, seria preciso que a lei protegesse os valores subjacentes à relação pessoal entre eles. Ademais, conforme expuseram, o momento da separação é um momento em que a “fragilidade emocional” dos envolvidos exigiria a presença do magistrado para salvaguardar a ordem pública, conforme se lê no trecho seguinte do voto:

“Certo é que não há liberdade absoluta em matérias relacionadas ao matrimônio. Exemplo dessa assertiva é o parágrafo único do artigo 1574 do Código Civil, que confere ao juiz o poder de recusar a homologar a separação judicial consensual quando o acordo não preservar suficientemente os interesses de um dos cônjuges. Aqui, estaria o primeiro problema: como compatibilizar esse artigo do Código Civil com a proposta do relator que

pretende alterar o Código de Processo Civil? No mais, acreditamos que não se justifica que a dissolução se faça diante de um oficial de registro, que não tem a formação, a perspicácia e o preparo exigidos. Defender que, pelo fato de as partes serem capazes, não traz a elas prejuízo a dissolução do matrimônio por meio de escritura pública implica reduzir o término do casamento a uma questão meramente patrimonial e esquecer de todos os aspectos emocionais e existenciais envolvidos nessa decisão. Ora, por mais que seja o cônjuge capaz, a dissolução do casamento é sempre um momento de fragilidade, em que a sua capacidade de percepção e decisão resta reduzida. Indispensável, portanto, a presença do juiz nesse momento, a fim de salvaguardar a ordem pública e o interesse daquele que eventualmente possa ser prejudicado. Vale também dizer que, embora o advogado seja essencial ao exercício da atividade jurisdicional, sua principal função é defender os interesses do cliente, e não proteger a ordem pública”.

A via administrativa para veiculação da dissolução consensual da sociedade conjugal, ainda que exija a inexistência de filhos menores ou incapazes, é um tributo à racionalidade na prática do ato jurídico matrimonial, já presente no processo de habilitação para o casamento integralmente realizado pelo oficial do registro civil.

Convém observar que as normas que disciplinam o processo de habilitação para o casamento no Código Civil de 2002 flexibilizaram a participação do juiz de direito e do Ministério Público que só intervirão em casos extremos. Exemplo disso é que a redação primitiva do artigo 1.526, que dispunha que “a habilitação será feita perante o oficial do Registro Civil e, após a audiência do Ministério Público, será homologada pelo juiz”, foi alterada pela Lei 12.133/2009 para excluir a homologação judicial ao ato.

E o Conselho Nacional do Ministério Público, visando priorizar a participação do órgão em questões que “realmente tenham repercussão social”, expediu a Recomendação de nº 16/2010 (D.O.U. 16.06.2010) no sentido de ser desnecessária a intervenção ministerial nas demandas e hipóteses discriminadas no art. 5º, dentre as quais:

“II – Habilitação de casamento, dispensa de proclamas, registro de casamento in articulo mortis – nuncupativo, justificações que devam produzir efeitos nas habilitações de casamento, dúvidas no Registro Civil;

III – Ação de divórcio ou separação, onde não houver cumulação de ações que envolvam interesse de menor ou incapaz;”

### **3.2. A Emenda Constitucional nº 66/2010 e a supressão da separação judicial**

Em Junho de 2005, por sugestão do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), a Câmara dos Deputados registrou sob o nº 413 a proposta de Emenda Constitucional visando alterar o § 6º do artigo 226 da Constituição Federal.

Na proposta original (413-A) o § 6º do art. 226 teria a seguinte redação: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio na forma da lei”. A retirada da expressão na “na forma da lei” foi votada em separado de modo que a proposta aprovada e enviada ao Senado Federal ficou com a seguinte redação final:

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 413-C DE 2005

Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º. O § 6º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 226. ....

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.”(NR)

Destaca-se que o preâmbulo da proposta aprovada na Câmara e que foi encaminhada ao Senado indica, de forma expressa, o objetivo de suprimir o requisito de prévia separação judicial. Mas além da proposta aprovada expressar essa intenção, também na justificativa apresentada com a proposta consta que, com a separação judicial, fora criada “uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta”. A proposta também apontou que a exigência de submissão a dois processos judiciais gerava despesas financeiras desnecessárias já que, na grande maioria dos casos a separação judicial resultava em divórcio.

Os discursos veiculados na Câmara dos Deputados, contra a aprovação da proposta, guardam semelhança com aqueles manifestados pelos congressistas de 1977, quando da alteração constitucional para aprovação do próprio divórcio no Brasil. Para ilustrar colacionamos parte do voto do Deputado Luiz Carlos Hauly onde se lê:

“ (...) Existe o divórcio. O que estamos querendo fazer aqui hoje? Um pouco de graça com aquelas pessoas que não têm a responsabilidade do matrimônio. Claro que desejamos um mundo ideal em que haja felicidade, amor. Eu entendo. Eu sei que há desavenças, desencontros, problemas no casamento. Mas outros tantos, com filhos recém-nascidos, de repente, por causa de uma besteira, de um problema: “Separa, filho; passa lá, já faz o divórcio e pega o seu papel; se não der, casa novamente”. Troca de roupa todos os dias; casa e descasa todos os dias. Pelo menos, a legislação atual tem uma regra, uma pequena regra. Aqui, não: o Congresso brasileiro quer liberar tudo!” (Diário da Câmara dos Deputados de Junho de 2009, p. 25764)

E do voto do deputado Paes Lira:

“ (...) o que tem vigência na legislação brasileira atualmente pode-se dizer que seja uma espécie de salvaguarda, um período de reflexão sobre o ato de desfazer o casamento, um período que permita ao casal pensar, ainda que tenha de pensar maduramente, marido e mulher j. separados do convívio, a respeito do futuro e, principalmente, a respeito daqueles que t.m de ser efetivamente mais protegidos quando ocorre a dissolução, o afastamento: os filhos pequenos, ou seja, as crianças. Essas que merecem a maior proteção do Estado, a maior proteção da lei. O dispositivo da separação judicial, que de certa forma, uma quarentena, uma salvaguarda, de molde a permitir esse período de reflexão, de molde a permitir que o casal, que marido e mulher, ainda que estejam separados, possam

reavaliar as suas posições”. (Diário da Câmara dos Deputados de Junho de 2009, p. 25766)

No Senado a PEC recebeu n 28/2009. Em bem lançado parecer de nº 863/2009, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania relata que “ (...) a sociedade brasileira é madura pra decidir a própria vida, e as pessoas não se separam ou divorciam apenas porque existem esses institutos. Portanto, não é a existência do instituto divórcio que desfaz casamentos, nem a imposição de prazos ou separações intermediárias que o impedirá”.

A proposta foi aprovada em segundo turno de votação com 49 (quarenta e nove) votos sim e 04 (quatro) votos não. Todavia, contra a proposta manifestou-se o senador Marcelo Crivella para quem, entre outros argumentos, por meio de lei dever-se-ia evitar que os casais tomassem decisões precipitadas. Segundo consta do voto:

“(…) tenho restrições a esta PEC, porque ela banaliza a instituição mais sagrada da sociedade brasileira, a instituição do casamento. Quando nós retiramos o interstício, nós fazemos com que os casais, apressadamente, às vezes até, Sr. Presidente, para mostrar que já têm outro parceiro e até em questão de vingança, tomem novamente uma atitude de se casarem precipitadamente; aliás, já estão indo para a separação porque fizeram um casamento precipitado. E aí, Sr. Presidente, vai ser uma coisa de casa e descasa, casa e descasa, que eu não sei de que maneira isso vai contribuir para a nossa nacionalidade. É verdade que vários países já adotaram. Mas vários países já voltaram atrás porque isso acaba enfraquecendo a instituição do casamento. As pessoas se separam e 24 horas depois já estão casadas novamente. O Brasil, neste momento em que nós temos o Bolsa Família, em que nós temos o Minha Casa, Minha Vida, está tentando fortalecer a instituição do casamento. Seria, Sr. Presidente, uma temeridade votarmos essa lei. Aliás, há um pedido da CNBB – Conselho Nacional dos Bispos do Brasil – para que não votássemos isso. É também consenso de todos os evangélicos de que isso enfraquece a família e o casamento. Lamento, Sr. Presidente. Estou vendo que já vai se alcançar o quórum, mas é uma precipitação. O Senado Federal não devia acolher esta, eu diria, temeridade. Esta PEC que vem dos Deputados, foi votada pelos Deputados, mas sem que eles tivessem enxergado o completo alcance desta lei. Estamos votando aqui um assunto que devia ser mais bem estudado, mais bem ponderado, em favor da família brasileira”.

No dia 13.07.2010 a Emenda Constitucional nº 66 foi finalmente promulgada pelo Congresso Nacional. Entretanto, os votos vencidos e contrários por ocasião da modificação do parágrafo 6º., do art. 226, da Constituição fizeram eco três anos mais tarde, e influenciaram a redação do Projeto de Código Civil que se anuncia, fazendo retroagir no tempo um incompreensível protecionismo infraconstitucional conferido ao matrimônio e sobretudo às refletidas decisões dos casais, como adiante se discorrerá.

#### **4. A REINTRODUÇÃO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL NO PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

A redação original do Projeto de Lei do NCPC obteve no Senado Federal o nº 166 de 2010, e lá incluía entre os “procedimentos não contenciosos” (nomenclatura que não se manteve no Parecer final em julho de 2013 permanecendo a antiga denomina-

ção “procedimentos de jurisdição voluntária”), também o da separação consensual. A Comissão Temporária da reforma do Código de Processo Civil no Senado, incumbida de emitir parecer ao PLS 166 aprovou a Emenda Modificativa nº 170, apresentada pelo então Senador Marconi Perillo, para “alterar a redação do inciso I do art. 38, de modo a coaduná-lo com a Emenda Constitucional nº 66, de 2010, que suprimiu do nosso ordenamento”. Consta do Parecer 1.624/2010<sup>8</sup> na letra “I” que:

“diante da Emenda Constitucional nº 66, de 2010, entendemos ser necessário tomar partido expresso sobre questão que tem ocupado os acadêmicos e a prática do foro. O Substitutivo a ser apresentado parte do pressuposto de que, a partir daquela recente reforma constitucional, não há mais viabilidade de os cônjuges separarem-se, mesmo que consensualmente, restando-lhes, apenas, a via do divórcio. Com isso, foram suprimidas todas as referências ao procedimento de separação judicial no projeto do novo Código de Processo Civil”

Assim, o Projeto nº 166/2010 chegou à Câmara dos Deputados (PL nº 8046/2010), tratando diretamente do divórcio e suprimindo a separação judicial. Porém, no apagar das luzes da votação do Parecer Final da Câmara em 16 de julho de 2013, o Projeto 8046/2010 recebeu destaques entre os quais as Emendas de nºs 09 a 13/11, do Deputado Arnaldo Faria de Sá. Precisamente na Emenda de nº 9 é apresentada uma longa justificativa em defesa da não eliminação dos institutos da separação e da conversão em divórcio, não obstante o claro conteúdo constitucional em sentido contrário do parágrafo 6º., do artigo 226, advindo da redação dada pela Emenda Constitucional nº 66, de 13.07.2010.

Argumenta o subscritor da Emenda ao Projeto do NCPC, que o dispositivo constitucional alterado Emenda Constitucional 66/2010 seria “formalmente constitucional mas materialmente inconstitucional” já que, sob sua ótica, numa inversão à pirâmide kelseniana, a matéria da separação continuaria a ser regulada no Código Civil, de forma que o Código de Processo Civil deveria prever o suporte instrumental correspondente à regra civilista (uma lei ordinária), em evidente desacerto ao sistema brasileiro de hierarquia da Constituição.

Ademais, prossegue a justificativa, manter o instituto da separação judicial seria “uma forma de respeitar o direito de consciência e de crença”, é dizer, daqueles que professariam uma religião, circunstância que não permitiria a dissolução do matrimônio. Assim se encontra expresso na Emenda de nº 9/2011, em grande confusão teórica no que concerne à incidência de diversos direitos fundamentais:

“Outra razão, também fundada no respeito ao direito fundamental da liberdade, é que, exatamente por ser o Brasil um Estado laico, é inviolável a liberdade de consciência e de crença, assim como é preservado a todos, inclusive em razão de suas crenças, o exercício de direitos, como estabelece o artigo 5º, incisos VI e VIII da Constituição Federal. Em razão desses direitos fundamentais, a liberdade religiosa e de exercícios de direitos a todos os religiosos deve sempre ser preservada. Os religiosos

8. Publicado no Diário do Senado Federal de dezembro de 2010, pg. 55.244

que não admitem a dissolução do vínculo conjugal e somente admitem a separação, se esta fosse suprimida de nosso ordenamento legal, em caso de impossibilidade da manutenção da vida conjugal, teriam de optar pelo divórcio, em renúncia ao seu credo, ou permanecer na situação irregular de casados e sem convivência conjugal, para manter a sua crença, o que importaria, em ambos os casos, em violação àqueles direitos fundamentais da liberdade religiosa e ao exercício de direitos”.

E em arremate, entende o parlamentar que a lei civil brasileira deveria prever uma forma de desencargo de consciência àqueles, que por motivo de crença não aceitariam a dissolução do casamento, vez que, segundo ele, se um cônjuge não-religioso pede o divórcio o outro poderia apresentar pedido contraposto de rejeição, de modo que, nessas condições, a sentença de divórcio preservaria os ditames religiosos daquele que não o pretendeu. Assim se encontra redigida a justificativa, em tese que entra em rota de colisão com o direito fundamental à liberdade religiosa e ao princípio republicano da laicidade:

“Por outras palavras, a supressão da separação, como forma de mudança do estado civil, violaria o direito de regularização do estado civil daqueles que têm crença que não admite o divórcio. (...) Esclareça-se que, em caso de pedidos contrapostos, inclusive pela via reconvençional, de separação e divórcio ou vice-versa, a resposta é só uma: o Juiz deverá decretar o divórcio, caso em que o cônjuge religioso não estaria, nessas circunstâncias, praticando violação aos seus ditames religiosos, porque não pediu a dissolução do vínculo conjugal”.

Antes da votação dos destaques nº 9 a 11, em 16.07.2013 a Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6025, de 2005, anexado ao Projeto de Lei nº 8046, de 2010, ambos do Senado Federal, sob a relatoria do Deputado Bonifácio de Andrada, examinando as Emendas defensoras da manutenção da separação judicial votou pela sua rejeição, argumentando que:

“ainda que não adentremos na polêmica constitucional, não vislumbramos, dentrando ao universo fático-social, qualquer motivo para defender a manutenção de um instituto que teria como única “utilidade” prática impedir que casal venha a contrair novas núpcias, sendo obrigado a optar pela união estável. Nos é difícil imaginar, então, qualquer motivo pelo qual alguém optaria pela separação judicial ao invés de buscar o divórcio diretamente, motivo pelo qual votamos pela rejeição da emenda”.

Entretanto, em 17.07.2013 os destaques ressaltados na votação do dia anterior foram novamente votados e aprovado o de nº 9 para re-inclusão da expressão e, por consequência do próprio instituto da separação, tanto no título da Seção IV do Capítulo XV do Título III do Livro I da Parte Especial quanto nos artigos correspondentes, como se comentará criticamente a seguir.

## **5. AS NORMAS DA REFORMA PROCESSUAL CIVIL SOBRE A DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL: ANÁLISE CRÍTICA**

Os Projetos de Lei nº 6025/2005 e 8.046/2010, uma vez aprovados pelo Parlamento brasileiro virão inaugurar um novo Código de Processo Civil no Brasil (NCPC) trazem,

na Seção IV do Capítulo XV (“Procedimentos de Jurisdição Voluntária”), do Título III (“Procedimentos Especiais”), do Livro I (“Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença”), sob a nomenclatura de “Do Divórcio e da Separação Judiciais, extinção consensual da União Estável e alterações do Regime do Matrimônio”, nos artigos 746 a 749, disposições referentes aos Institutos e Categorias jurídicas que referencia.

A supressão ou manutenção da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro, não obstante, não é questão pacífica, seja entre juristas, seja entre os parlamentares, seja nas câmaras dos nossos tribunais, e tal circunstância causa alguma perplexidade especialmente após a Emenda Constitucional nº 66/2010 excluir expressamente, do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, a exigência prévia separação judicial por mais de um ano, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos, para decretação do divórcio.

Parte da celeuma é provocada, de um lado, pela manutenção das chamadas “normas heterotópicas” que tratam da separação judicial no Código de Processo Civil em vigor (Lei 5.869/1973, arts. 1.120 a 1.124-A) como também no vigente Código Civil (Lei 10.406/2002, arts. 1.571 a 1.582), muito embora a norma constitucional tenha superioridade normativa em relação a estas normas infra-constitucionais; de outra parte, o debate funda-se no sentimento de religiosidade que acompanha tradicionalmente a união matrimonial.

Limitar o alcance do direito em matéria de relações pessoais e afetivas, parece ser o rumo inexorável da sociedade atual, mas a caminhada nessa direção se mostra repleta de retrocessos e apelos de ordem não jurídica.

Com efeito, como anteriormente se discorreu, o caminho legislativo percorrido desde 1977 com a aprovação da Emenda Constitucional nº 9 – que alterou a redação do § 1º do artigo 175 da Constituição Federal de 1967 (e da EC-1/69), para introduzir a possibilidade de dissolução do casamento no Brasil –, até a Emenda Constitucional nº 66/2010 – que alterou a redação do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, para eliminar a necessidade de prévia separação judicial ou de fato para se alcançar o divórcio –, aponta para uma necessária desjudicialização da relação entre os cônjuges, é dizer, permite retirar da esfera forense tentativas de aconselhamento matrimonial na forma e com os mecanismos que foram previstos na Lei do Divórcio no já agora um pouco distante ano de 1977.

De fato, a análise dos discursos antidivorcistas daquela época se fizeram ainda presentes ao longo das deliberações parlamentares das sucessivas reformas legislativas em torno da dissolução do vínculo conjugal e, hoje, afiguram-se incompatíveis com as concepções atuais dos papéis dos atores conjugais, baseados na igualdade constitucional entre seres humanos em uma sociedade plural, complexa e descentrada, e também assim no interior do casamento e da família.

Em razão disso é possível afirmar que não compete à lei engendrar mecanismos de incentivo para manutenção do casamento, ou a criação de obstáculos à livre decisão de sua dissolução, e nem ainda projetar o ambiente forense como o local propício para solução de problemas de ordem exclusivamente afetiva.

Nossas premissas partem do exame das normas propostas na reforma do Código de Processo Civil e, no exercício retrospectivo que se fez aqui, resgatou-se alguns registros legislativos das resistências antidivorcistas transparentes nas deliberações havidas desde 1977, quando da inauguração da possibilidade do divórcio no Brasil, até a quase completa desjudicialização deste com a introdução da possibilidade da separação e do divórcio por meio de escritura pública, utilizando-se a via extrajudicial ou administrativa, trazida pela Lei 11.441 de 04.01.2007, anteriormente comentada.

Entendemos que é importante compreender a extinção da separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro como reafirmação do comando constitucional expresso na Emenda Constitucional nº 66/2010, e como um avanço nas questões afetas à esfera mais íntima do indivíduo, qual seja, decisões sobre sua vida amorosa. Esse avanço, que teve início com as reduções dos prazos para o pedido de separação judicial por mútuo consentimento e para conversão da separação judicial em divórcio, passou pela redução dos espaços temporais para que a separação de fato fosse suficiente para obtenção divórcio direto, e também à possibilidade de decretação do divórcio sem prévia partilha de bens, até que tudo isso pudesse ser feito fora da via judicial, exatamente da forma como se constituiu, ou seja, em simples cartórios de notas, como se falou no item 3.1 deste ensaio.

A importância destas questões reside precisamente no fato de que, em matéria de relações pessoais, as decisões devem ser confiadas aos envolvidos, em reconhecimento ao amadurecimento da sociedade brasileira provocado pelos impactos do poder constituinte originário e derivado de 1988, desvinculando-se da idéia de que, facilitar o procedimento previsto para a dissolução do vínculo conjugal, representaria uma ameaça à instituição do casamento, ou ainda pior, um risco à família.

Como se viu, o Projeto do Novo Código de Processo Civil que se anuncia pretende manter o instituto da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, cremos que a anterior decisão de extinguir a separação judicial como estágio antecedente ao divórcio dissolvendo definitivamente o vínculo matrimonial, é respaldada por argumentos mais fortes (sobretudo coerentes com a Constituição) e de melhor técnica jurídica, do que a defesa de sua manutenção, ainda que como previsão opcional a um ou ambos os cônjuges.

A extinção da separação judicial com manutenção única e apenas do divórcio impõe a tese, desde logo, que a decisão de romper definitivamente o vínculo já está bem amadurecida, notadamente porque, no modelo anterior, em caso de reconciliação, a mera separação judicial permitia hipoteticamente a reabilitação do mesmo casamento. No divórcio entendido como meio único e resultante na dissolução do vínculo essa possível reabilitação do casamento estará extinta, mas não haverá nenhum prejuízo para a Liberdade (inclusive religiosa), posto inexistente o impedimento das mesmas pessoas voltarem a se casar.

Por certo que, neste caso, deverão cumprir todos os requisitos da habilitação, celebração e registro do novo casamento, mas mesmo essa necessidade que a princípio se mostra burocrática e custosa deve funcionar como incentivo à tomada de decisão

mais madura por parte do casal que deseja romper a união. Com isso, desloca-se esse momento de reflexão que é extremamente pessoal, do recinto estatal da sala de audiência para o interior da família que é o local mais adequado.

A religiosidade que envolve o matrimônio refoge ao âmbito do direito num Estado laico. Destarte, a dissolução do casamento no âmbito religioso tem procedimento próprio e sob autoridades legítimas dessa dimensão, devendo os juristas deste século declinar dessa discussão, como já o fizeram diversos povos mundo a fora.

Quando da introdução do divórcio no Brasil no já longínquo 1977, o ambiente forense da época foi transformado no derradeiro lugar de preservação do matrimônio, tanto que, como anteriormente se demonstrou, a antiga lei do divórcio incumbia o juiz de ouvir pessoal e separadamente cada um dos cônjuges e depois reuni-los novamente na sua presença para certificar-se a impossibilidade de manutenção do casamento.

Mais de meio século depois, essa incumbência não aparece agora no Projeto de Novo CPC, contudo, o artigo 747 manda que o juiz designe audiência para ouvir os cônjuges ocasião em que deverá proceder “esclarecendo-lhes as consequências da manifestação da vontade”.

Parece-nos ter havido aqui, ainda, dois excessos da intromissão do Estado em linha de colisão com o Princípio da Autonomia Privada da Vontade: no primeiro, é preciso levar em conta que o casal deverá estar devidamente assistido por advogado, e na maioria das vezes, advogado comum, profissional cuja atividade, a teor do artigo 133 da Constituição do Brasil é essencial à administração da justiça, e que dispõe de melhor tempo e proximidade com as partes para os esclarecimentos de eventuais dúvidas jurídicas. O segundo excesso está em não ficar bem definido o teor da advertência sobre as consequências da manifestação de vontade do casal a que se incumbe o juiz, se ordem pessoal, emocional, religiosa, moral ou jurídica.

Igualmente, e na mesma direção, a redação do § 1º deste artigo quando afirma que “convencendo-se o juiz de que ambos desejam o divórcio, mandará reduzir a termo as declarações e, depois de ouvir o Ministério Público no prazo de cinco dias, o homologará”. Também aqui não terá avançado bem a nova lei processual que, em tempos de divórcio promovido de forma simples e direta até mesmo pela via administrativa, pode-se declinar o juiz da função de investigador do desejo do casal, retirando-lhe o peso desta responsabilidade.

Por fim, o artigo 748 remete o divórcio e a separação consensuais e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro, filhos menores ou incapazes, à via administrativa de forma opcional e não obrigatória (como aliás constava na redação original), o que não se mostra compatível com o móbil condutor da própria reforma do Código de Processo Civil, de aliviar o sobrecarregado volume de demandas judiciais, em linha de retorno ao pretendido na via administrativa.

Se mantida a proposta, no novo Código de Processo Civil, da dupla via para dissolução definitiva da sociedade conjugal, afigura-se reveladora de um preocupante anacronismo presente nas leis brasileiras em matéria de casamento e família. A compreensão ambígua do significado religioso e jurídico do casamento tem se arrastado

pela nossa sociedade ao longo do tempo, como se relatou nos capítulos seguintes no resgate de documentos legislativos e discursos parlamentares precedentes acerca do desvínculo conjugal no Brasil, estudo necessário para se demonstrar que as diversas modificações normativas pretendiam contornos rumo à liberdade e pluralidade da sociedade brasileira (o que restou cristalizado com a Constituição de 1988) e não o retrocesso pretendido pelo Projeto do NCPC.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante décadas, com maior ou menor intensidade, juristas, parlamentares e órgãos judiciais conservaram a idéia do casamento como viga moral da sociedade e, por isso, caberia à lei manter a sua perpetuidade. Com efeito, Clóvis Beviláqua escrevia nos comentários ao “Código Civil dos Estados Unidos do Brasil”, que o casamento funcionava como um poderoso freio das paixões, e sua indissolubilidade, como moderação nas desavenças entre o casal. Dizia ele:

“a indissolubilidade do casamento actua sobre o cônjuges como elemento moderador das paixões e consolidador da amizade recíproca. Pequenas querellas se esquecem, quando os conjuges têm deante de si a indissolubilidade da união: avultam, são levadas ás últimas consequencias, se o desligamento é possível. Deante da exaltação das paixões, que tende a dominar a intelligencia e a vontade, é preciso pôr um freio poderoso, que as possa conter.” (sic. 1940:744)

Numa época, no Brasil, em que o Estado ainda não havia atraído para si a competência exclusiva pela solenidade do casamento, o divórcio<sup>9</sup> era processado perante as autoridades eclesiásticas. Segundo nos conta a historiadora Maria Beatriz Nizza da Silva (1984:210/249), cabia ao vigário geral uma intervenção conciliatória sobre os cônjuges desavindos que muitas vezes “reconciliava-se e a esposa sevicada aceitava que o marido assinasse um termo de bem viver, comprometendo-se a não maltratá-la mais”.

Ora, bem vista as coisas, a Lei 6.515 de 1977, primeira lei do divórcio no Brasil, acabou por transportar para a pessoa do juiz o papel de conciliador do casal e, embora regulamentando a dissolução do vínculo conjugal a possibilitar novo casamento, utilizou-se da separação prévia como tempo de reflexão forçada.

Não colocamos em dúvida a importância do matrimônio, e muito menos dos compromissos que ele atrai, mas vemos como igualmente considerar que a contemporaneidade se identifica com uma maior emancipação do indivíduo na esfera mais pessoal e íntima de sua vida, que é a esfera da relação amorosa/afetiva com outra pessoa do mesmo ou de sexo diferente, devendo o procedimento que decreta ou homologa as decisões tomadas nessa dimensão pessoal, restringir-se aos reflexos e consequências jurídicas daí advindas.

---

9. O termo, segundo a historiadora Maria Beatriz Nizza da Silva era mesmo divórcio, como aliás constava no Dicionário da Língua Portuguesa de Antonio Morais Silva na edição do ano de 1813. Contudo, os efeitos da declaração eram semelhantes ao do desquite no Código Civil brasileiro de 1916.

Posições conservadoras judicializam o casamento em uma dimensão não judicializável, quer dizer, em uma dimensão impenetrável ao próprio direito, qual seja, a livre manifestação da vontade de permanecer ou não casado.

Os filhos e o patrimônio são dimensões inauguradas pelo enlace, mas seu tratamento jurídico não permanece a ele vinculado nem serve de argumento para mantê-lo indissolúvel, pois ganham um espaço de proteção e regulamentação jurídica próprios e perfeitamente distintos, tanto que os alimentos devidos aos filhos e a partilha de bens constituem procedimentos autônomos.

Com efeito, embora o artigo 746 do PL 8046/2010 faça previsão de que na petição do divórcio consensual, assinada por ambos os cônjuges, deva constar as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns, o § 1º do mesmo artigo traz a ressalva de que “Se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens far-se-á esta depois de homologado o divórcio, na forma estabelecida nos art. 662 a 673”.

Há que se considerar, ainda, que caso qualquer dos cônjuges venha a violar os deveres do casamento causando dano ao outro, as normas Constitucionais e infraconstitucionais que tratam da responsabilidade civil são suficientes para promover a reparação devida.

Sempre que um projeto de lei é apresentado para reformar a rigidez das normas reguladoras da dissolução do vínculo matrimonial, submergem os argumentos de condenação ao divórcio como causa de destruição da própria estabilidade da sociedade. No entanto, a sociedade brasileira, sob a égide da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, merece obter o reconhecimento de seu amadurecimento na tomada de maduras e refletidas decisões pessoais, em linha de coerência com as idéias de Liberdade e Responsabilidade imbricadas pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como bem define a primeira parte do parágrafo 7º., do artigo 226, da Constituição brasileira.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 66, de 13 de Julho de 2010. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília, 14, Jul., 2010.
- BRASIL. Lei 5.869 de 11 de Jan., 1973. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União de 17.01.1973.
- BRASIL. Lei 10.406 de 10 de Jan., 2002. Código Civil. Diário Oficial da União de 11.01.2002.
- BRASIL. Parecer da Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, que dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil, e proposições anexadas. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=83984>
- BRASIL. Diário da Câmara dos Deputados. Ano LXIV, nº 94 de 03.06.2009. Brasília-DF. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD03JUN2009.pdf#page%3D1BRASIL>. Diário do Senado Federal. Ano LXIV, nº 94 de 03.06.2009. Brasília-DF.
- BEVILACQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. Edição Histórica. Rio de Janeiro. Ed. Rio, 1976.
- Documentação. Emenda Constitucional n.9, de 28-6-77. Revista de Informação Legislativa. Ano 14, nº 55 – Julho/setembro 1977. Brasília-DF, Subsecretária de Edições Técnicas do Senado Federal.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.197. O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens. Diário de Justiça da União, Brasília, 22 de outubro de 1997. p. 53.614.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESp 58991/SP; RESp 81571/SP; RESp 11.5341/ES; RESp 768400/SP; Brasília, DF.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 102.740/RJ; RE 102.142/RJ. RE 92.216/PR. Brasília, DF.
- SARNEY, José. Projeto de Lei do Senado nº 8406, de 2010. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>. Acesso em: 05 jul. 2013.
- SILVA, Maria Beatriz Nizza da. Sistema de Casamento no Brasil Colonial. São Paulo: T. A. Queiroz: Ed. Universidade de São Paulo, 1984.



# SUMARIZAÇÃO DA COGNIÇÃO NAS TUTELAS DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: EXPECTATIVAS E FRUSTRAÇÕES

FERNANDO LAGE TOLENTINO<sup>1</sup> E  
FLÁVIO QUINAUD PEDRON<sup>2</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Um dos reclames e críticas mais comuns que se ouve na atualidade quando o assunto é processo vincula-se exatamente sobre sua morosidade. Muitos inclusive interrogam se essa relação tempo/processo não se mostra como uma relação, não apenas conflitiva, como ainda, indissolúvel (TUCCI, 1997, p. 11). Se assim fosse, metaforicamente estar-se-ia obrigado a representar o tempo *do/no* processo tal qual a figura mitológica do titã *Cronos* (em grego, *Κρόνος*) que de modo voraz engolia seus próprios filhos.<sup>3</sup>

Assim, quando a Lei nº 8.952/94, inseriu o instituto da “antecipação dos efeitos do pedido” (que ficou popularmente conhecido como “tutela antecipada”) não faltaram proferimentos exagerados de êxtase e idolatria ao instituto (MARINONI, 2008, p. 20-21). Mas o entusiasmo durou pouco e a expectativa de que mudanças radicais fossem sentidas logo deu lugar ao tradicional discurso pessimista. Voltou-se a falar da crise do Judiciário, sem, contudo, indagar sobre as raízes dessa crise.<sup>4</sup> E como no Brasil

- 
1. Mestre em Direito Processual pela PUC-Minas. Professor Assistente IV da Escola Superior Dom Helder Câmara. Advogado.
  2. Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor Adjunto da PUC-Minas e do IBMEC (MG) de Direito Processual Civil. Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais. Advogado.
  3. Fato é que deve-se proceder a uma distinção fundamental entre o que se possa chamar de *tempo-calendário* e o *tempo-social*. O tempo-calendário é uma grandeza físico-astronômica desprovido da sua humanização pelo tempo-social. Fato é que as percepções humanas sobre o tempo nos mostram que este está em constante aceleração (QUINAUD PEDRON, 2012). Scheurman (2004) inclusive questionará o significado e o impacto das dinâmicas institucionais dessa aceleração, bem como a sociedade atual passa a exigir das instituições políticas, principalmente do Legislativo e do Judiciário respostas cada vez mais rápidas.
  4. Apenas em raros momentos, a Teoria do Processo brasileira parece ter se atinado para o fato do problema se situar na base de uma ruptura paradigmática, que exige uma reflexão radical acerca da insuficiência teórica das propostas tradicionais e ainda ancoradas a *teoria relacionista* – ou sua versão instrumentalista (DINAMARCO, 1999) – *do processo*. Como exemplos de críticas a essa postura e que apresentam uma proposta diferenciadamente mais democrática, cita-se: GONÇALVES, 2012; FERNANDES e PEDRON, 2008; NUNES, 2008.

é comum a crença de que uma nova legislação pode trazer mudanças taumaturgas e radicais, não demorou para se investir em um novo Código de Processo Civil. Não que a mudança não fosse necessária; com precisão, Nunes (2008) evidencia que o código atual foi construído sob as bases de um discurso teórico que já não responde mais satisfatoriamente. E assim, o novo Código de Processo Civil foi apresentado e votado no Senado Federal, que após aprovado nessa Casa, seguiu para discussão na Câmara dos Deputados.

Talvez um dos pontos mais comentados pela comunidade jurídica quando se falou sobre um novo Código de Processo Civil tenha sido a possibilidade de unificação dos institutos da chamada “tutela antecipada” com o “processo cautelar”.

Ocorrendo isso, a estrutura do Processo de Conhecimento – inclusive após a Lei nº 11.232/2005, que promoveu tamanha transformação, inclusive transpondo a satisfatividade decisória de procedimento autônomo (*processo de execução de título judicial*) para fase procedimental (*cumprimento de sentença*, art. 475-J e seguintes do Código de Processo Civil), o que inaugurou o que muitos processualistas denominaram de modelo da “ação sincrética” – passaria agora a uma nova forma de sincretismo, já que unificaria, em um único procedimento, cognição, satisfatividade e cautelaridade.

O presente texto pretende, então, apresentar algumas considerações e reflexões acerca da atual disciplina da tutela antecipada e do procedimento cautelar, para em um segundo momento discutir o tratamento no novo Código de Processo Civil. Ao fim, cabe, ainda, pensar criticamente as propostas trazidas para um novo Código de Processo Civil, principalmente para confrontá-las com o modelo constitucional de processo já normatizado pela Constituição de 1988.

## **2. TUTELAS DE URGÊNCIA NO ATUAL SISTEMA PROCESSUAL CIVIL**

O sistema de tutelas de urgência vigente no Brasil disciplina, atualmente, dois meios distintos para que o cidadão possa alcançar a proteção e o exercício de direitos em situações de possível ocorrência de danos: o procedimento cautelar e a técnica de antecipação dos efeitos da tutela em procedimentos de conhecimento. Com vistas a evitar equívocos e confusões terminológicas comuns nessa área, indispensável apresentar uma breve análise que distinga essas duas espécies de tutelas de urgência.

### **2.1. TUTELA DE URGÊNCIA PREVENTIVA – PROCEDIMENTO CAUTELAR**

Regulamentado no Livro III do Código de Processo Civil (arts. 796 a 889), o procedimento cautelar constitui verdadeiro meio processual auxiliar disposto em favor daquele que necessita alcançar a proteção de eventuais direitos pendentes ou de acerto em virtude de uma indefinição sobre a titularidade de direitos ou de satisfação efetiva em via executiva.

Tradicionalmente, o procedimento cautelar permite que o interessado na atuação jurisdicional alcance de forma célere provimento jurisdicional que evite/impeça a ocorrência de eventuais danos vinculados a uma situação de risco, assegurando bens, provas e pessoas. Nos dizeres de Ovídio Araújo Baptista da Silva:

A tutela cautelar faz parte do gênero tutela preventiva e tem por fim dar proteção jurisdicional ao direito subjetivo ou a outros interesses reconhecidos pela ordem jurídica como legítimos, mas que não se identificam com os denominados direitos subjetivos. Na verdade, a tutela cautelar tem por fim proteger não apenas direitos subjetivos, mas igualmente, e, poderíamos dizer até, preponderantemente, proteger pretensões de direito material, ações e exceções, quando seus respectivos titulares aleguem que tais interesses, reconhecidos e protegidos pelo direito, encontram-se sob ameaça de um dano irreparável.

O grande móvel, portanto, a justificar a tutela cautelar é sem dúvida a urgência, ante a qual as formas convencionais de tutela jurisdicional tornem-se insuficientes e inadequadas, impedindo que o Estado cumpra seu dever de proteção do direito por ele próprio criado, dever este que decorre do monopólio da função jurisdicional. (2008, p. 5)

A atuação jurisdicional em sede cautelar exige por parte do requerente a demonstração, em juízo de probabilidade e não de certeza jurídica, de dois requisitos específicos tradicionalmente denominados de dano potencial (*periculum in mora*) e de plausibilidade do direito alegado (*fumus boni iuris*).

O dano potencial pode ser entendido como o fundado temor na proximidade de ocorrência de dano grave de difícil ou impossível reparação. Importante destacar que, afastadas as concepções meramente subjetivas na ocorrência de possível dano, o fundado temor significa a necessidade de demonstração em juízo da situação objetiva de risco ao direito através da exposição de fatos concretos passíveis de comprovação nos autos.

O dano em questão deve ser próximo, ou seja, iminente, o que significa dizer que é provável a sua ocorrência em caso de inércia dos envolvidos, antes da instauração ou, ainda, no curso de eventual procedimento principal de conhecimento ou de execução, acarretando a provável ineficiência da atuação jurisdicional. Nesse caso, ressalvadas algumas exceções, a atuação cautelar está vinculada, em termos temporais, à atuação jurisdicional desenvolvida em sede de procedimento principal.

Em sentido complementar, tem-se que dano grave é aquele que encontra difícil ou impossível reparação específica. Não obstante a doutrina civilista afirmar que todo e qualquer dano é passível de reparação, ainda que de natureza pecuniária, a preocupação a respeito de uma possível irreparabilidade ou problemática reparabilidade do dano se vincula à busca pelo cumprimento específico de uma obrigação.

Lado outro, a plausibilidade do direito alegado significa que, em juízo de *cognição sumária*, cabe ao requerente da medida cautelar demonstrar a probabilidade de que o direito alegado exista (SILVA, 2008, p. 60). Destaca-se: não é possível (nem mesmo buscado) em via cautelar a comprovação cabal da titularidade dos direitos em análise no procedimento principal. No procedimento cautelar, exatamente pelo fato da cognição ser sumária, não se desenvolve juízo de certeza jurídica, apenas de probabilidade.

Além da necessidade do preenchimento dos requisitos acima para que a tutela cautelar seja concedida, é importante ressaltar que a eficácia de eventual medida cautelar concedida tem duração temporal *limitada*, estando diretamente vinculada à situação de risco narrada no curso do procedimento.

Isso significa dizer que não mais existindo a possibilidade de ocorrência de dano, a medida cautelar cessa seus efeitos. É comum a afirmação de que a medida cautelar seria provisória, fazendo-se clara alusão à futura substituição por alguma outra providência jurisdicional de característica definitiva. Todavia, considerando-se a diversidade de efeitos entre a medida cautelar e outra medida que venha a “substituí-la” no curso do procedimento principal, prefere-se a expressão temporariedade (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2009, p. 453).

Considerando-se que a situação de risco subjacente à cautelaridade sofre influxos de possíveis alterações verificadas na situação fática *sub judice*, caracteriza-se, também, a tutela jurisdicional cautelar pela mutabilidade da medida assecuratória eventualmente deferida. É possível a substituição, a modificação e até mesmo a revogação de medida cautelar já deferida pelo órgão jurisdicional. Justifica-se tal característica em virtude da necessidade de atuação eficiente e pontual do judiciário com vistas a evitar a ocorrência do dano. Todavia, essa mutabilidade não desconhece ou descuida da necessidade de observância do contraditório (BUENO, 2009, p. 162).

### **2.1.1. TIPOLOGIA DO PROCEDIMENTO CAUTELAR**

Em termos técnicos, pode-se afirmar que o tutela jurisdicional cautelar pode ser exercida segundo duas categorias procedimentais distintas: os procedimentos cautelares nominados e a ação cautelar inominada (também denominada de *poder geral de cautela*).

Em primeiro plano, verifica-se um sistema de previsão normativa expressa e específica, prevista no Código de Processo Civil, de possíveis situações fáticas que caracterizariam a necessidade de utilização de determinada medida cautelar específica. Ao regulamentar os procedimentos cautelares nominados, o legislador entendeu adequado que a norma processual descrevesse uma série de medidas tipificadas a serem utilizadas em hipóteses específicas.

Nessa seara, o CPC vigente regula: o arresto (arts. 813 a 821); o sequestro (arts. 822 a 825); a caução (arts. 826 a 838); a busca e apreensão (art. 839 a 843); a exibição (art. 844 e 845); a produção antecipada de provas (art. 846 a 851); os alimentos provisionais (art. 852 a 854); o arrolamento de bens (art. 855 a 860); a justificação (art. 861 a 866); os protestos, notificações e interpelações (art. 867 a 873); a homologação do penhor legal (art. 874 a 876); a posse em nome do nascituro (art. 877 e 878); o atentado (art. 879 a 881); o protesto e a apreensão de títulos (art. 882 a 887); e as outras medidas provisionais (art. 888 e 889).

Já em segundo plano, e em sentido complementar, dispõe o art. 798 do CPC vigente, que além das medidas cautelares típicas arroladas acima, sempre que presente e demonstrada em juízo eventual situação de risco envolvendo a possibilidade de ocorrência de dano grave de difícil ou impossível reparação, o magistrado pode deferir medidas cautelares no exercício da função jurisdicional preventiva.

A motivação da ação cautelar inominada é simples: considerando a infindável diversidade/multiplicidade de situações fáticas que podem ser verificadas na prática, bem como a incapacidade legislativa de previsão de todas as possíveis situações de risco que demandam a atuação cautelar, o sistema processual amplia a atuação da jurisdição ao prever tal tipo inominado.

## 2.2. TUTELA DE URGÊNCIA SATISFATIVA – ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA

Prevista no art. 273 do CPC vigente, a antecipação dos efeitos da tutela possui caráter nitidamente satisfativo do direito pleiteado, buscando permitir ao requerente, a fruição de determinado “direito/interesse” antes mesmo do julgamento final da lide.

Assim, em situações que demandem rápida atuação da função jurisdicional, é possível que os efeitos (condenatórios, declaratórios ou constitutivos) que se buscam com a prolação do provimento final (sentença), sejam verificados em momento prévio, dentro da estrutura do procedimento de conhecimento.

A técnica de antecipação dos efeitos da tutela foi introduzida de forma generalizada no Ordenamento Jurídico brasileiro no ano de 1994, pela Lei nº 8.952. Interessante pontuar que até esse momento, fora as “liminares satisfativas” previstas em alguns procedimentos especiais, tais como os possessórios, o sistema processual somente previa a tutela de urgência cautelar, de característica meramente preventiva e não satisfativa do direito (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2009, p. 465). O desenvolvimento da técnica em análise se fundamenta na ineficiência/inoperância da tutela cautelar para enfrentar situações em que a pura e simples prevenção não era suficiente para evitar o perecimento de direitos. Assim dispõe o CPC:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou  
II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, § 4º e 5º e 461-A.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º 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.

Analisando o texto legal, pode-se afirmar que existem 4 (quatro) pressupostos legais cumulativos e 2 (dois) pressupostos legais alternativos para a concessão da antecipação em análise. Discorre-se, abaixo, portanto, sobre os pressupostos ou requisitos cumulativos para a concessão da antecipação.

Em primeiro plano, disciplina o *caput* do art. 273 do CPC, que a antecipação pode ser deferida mediante requerimento da parte. O texto legal é claro nesse sentido, afastando em sua literalidade a possibilidade de concessão da medida em atividade oficiosa do magistrado. Entretanto, insta salientar que parte da doutrina entende possível a antecipação *ex officio* sob o argumento de que em situações de extrema urgência e com vistas à “efetividade instrumental do processo” deve o magistrado atuar evitando a ocorrência de danos (BUENO, 2009, p. 11; BEDAQUE, 2001, p. 372).

Em segundo plano, a antecipação exige do requerente da medida a apresentação de prova inequívoca do alegado em juízo. Não é possível interpretar literalmente a palavra inequívoca, em sentido de prova certa, concludente e que não permite questionamentos. Prova inequívoca deve ser interpretada como prova robusta e convincente, de grande capacidade de influência na formação do convencimento quando da valoração dos instrumentos probatórios em juízo. Interessante notar que em nenhum momento o CPC elege um ou outro meio de prova como inequívoca, abrindo, assim, espaço para a argumentação dos envolvidos.

Em terceiro plano verifica-se a necessidade de verossimilhança das alegações do requerente da antecipação. A verossimilitude vincula-se a uma aproximação da ideia de certeza, permitindo a cognição sobre ponto relevante para o deferimento da medida antecipatória. Pela dicção legal do *caput* do art. 273 do CPC, a prova inequívoca é antecedente lógico que demonstra a verossimilhança da alegação (LEAL, 2005, p. 68).

Em quarto plano, ainda como pressuposto cumulativo para fins de concessão da antecipação dos efeitos da tutela, previsto no § 4º do dispositivo codificado em análise, verifica-se a necessidade de possível reversibilidade da medida antecipada, ou seja, faz-se necessária a possibilidade de reversão dos efeitos produzidos pela antecipação, uma vez que após o regular desenvolvimento do procedimento, exauridas as vias de cognição sobre os pontos relevantes para o julgamento da causa, pode-se chegar à conclusão de que a medida antecipada foi indevida e deve-se retornar ao *status quo ante*.

Após a verificação dos pressupostos cumulativos acima descritos, necessária se faz a averiguação em torno ou da possibilidade de ocorrência de dano ou da atuação abusiva/protelatória da parte ré em juízo. Tratam-se dos pressupostos alternativos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela.

Assim, a antecipação poderá ser concedida em duas hipóteses: ou resta caracterizada a possibilidade de ocorrência de dano grave, de difícil ou impossível reparação, sendo então necessária a célere intervenção jurisdicional com vistas a evitar a ocorrência ou manutenção de situações lesivas ao direito de parte (antecipação fundada no *periculum*

*in mora*); ou resta caracterizado nos autos o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, sendo então necessária a atuação jurisdicional com vistas a se fazer observar o princípio da lealdade processual (antecipação fundada na sanção/punição).

No primeiro caso (antecipação fundada no *periculum in mora*), verifica-se a necessidade de comprovação objetiva em juízo de fatos que demonstrem efetivamente qual o possível dano iminente e sua extensão, evitando-se que meros temores infundados deem base para a atuação jurisdicional em regime de cognição sumária.

Já no segundo (antecipação fundada na sanção/punição), indispensável a análise cuidadosa do requerimento de antecipação, vez que o exercício pleno da defesa de um direito em juízo, baseado no princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, inciso LV da CB/88), não pode ser interpretado como abuso de direito ou intuito de protelação.

Levando-se em consideração o objetivo do presente trabalho, qual seja a análise comparativa das tutelas de urgência no sistema processual vigente e no Projeto, importa ressaltar que somente a antecipação dos efeitos da tutela prevista no inciso I do art. 273 do CPC, acima denominada de antecipação fundada no *periculum in mora*, vincula-se a situações de urgência, a demandar célere atuação jurisdicional.

### **2.2.1. CARÁTER PROVISÓRIO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA**

A técnica de antecipação dos efeitos da tutela é caracterizada pela provisoriedade da eficácia das decisões proferidas, ou seja, os efeitos da decisão judicial que defere a medida antecipada são provisórios. Afinal, ou se tem a revogação da medida em momento posterior, vez que não mais presentes os pressupostos legais do art. 273 do CPC, ou se tem a confirmação da medida que será substituída por outra decisão, essa de caráter definitivo.

Importante não confundir a temporariedade característica da tutela cautelar com a provisoriedade que marca a técnica de antecipação. Ambas possuem duração temporal limitada, todavia, o provimento cautelar não necessita ser substituído por outra decisão, gerando seus efeitos enquanto perdura a situação de risco. Já a medida de antecipação dos efeitos da tutela deve necessariamente ser vinculada a decisão futura (que confirme ou revogue) apta a se tornar definitiva na dinâmica da estrutura do procedimento de conhecimento.

### **2.2.2. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA DA PARCELA INCONTROVERSA DA DEMANDA (ART. 273, § 6º CPC)**

Analisando o texto do art. 273 do CPC vigente, nota-se que o legislador inseriu no parágrafo 6º, técnica de julgamento parcial da lide que em nada se parece com a antecipação dos efeitos da tutela, e sim com o julgamento antecipado da lide, previsto no art. 330 do CPC. Segundo o texto legal, é possível que o magistrado “antecipe” os efeitos da tutela quando um ou mais de um dos pedidos se tornarem incontroversos.

Não se trata de hipótese de antecipação dos efeitos da tutela com base nos requisitos legais presentes no *caput* e parágrafo 2º do artigo supracitado (requerimento de parte + prova inequívoca + verossimilhança das alegações + reversibilidade da medida + **ou** perigo de dano **ou** abuso/manifesto propósito protelatório). Trata-se, sim, de hipótese *de resolução parcial do mérito*, fundada em cognição exauriente face a não contestação especificada por parte do réu com relação a um ou mais de um dos pedidos (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2009, p. 527/528).

Insta salientar, cuida-se de técnica de julgamento parcial antecipado da lide, que se baseia na incontrovérsia de pedidos e não na incontrovérsia de fatos.

### **2.3. TENTATIVA DE DISTINÇÃO ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA – SATISFATIVIDADE COMO CRITÉRIO DIFERENCIADOR**

Diante da existência de duas técnicas distintas de tutela da urgência, faz-se necessário traçar o critério diferenciador entre as mesmas, evitando-se, assim, a utilização incorreta das categorias processuais em análise.

A tutela cautelar desenvolve-se através da instauração de procedimento autônomo, mas vinculado ao procedimento de conhecimento e/ou de execução, buscando-se a efetividade da atuação jurisdicional sem, contudo, alcançar satisfatividade, mediante mera proteção de direitos. Já a antecipação dos efeitos da tutela desenvolve-se mediante mero requerimento formulado nos autos de um procedimento de conhecimento, buscando-se a satisfatividade antecipada do mérito.

Em síntese, pode-se afirmar que, além do distinto aspecto formal, o principal critério diferenciador entre as duas técnicas de tutela de urgência reside na busca, ou por mera prevenção ou por satisfatividade imediata de eventuais direitos.

#### **2.3.1. FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DA URGÊNCIA (ART. 273, § 7º CPC)**

Não obstante a definição de um critério diferenciador (satisfatividade) que justifica a previsão de duas técnicas distintas de tutela de urgência, o legislador inseriu no ano de 2002, através da lei nº 10.444, o parágrafo 7º ao art. 273 do CPC, que dispõe que caso o autor, a título de antecipação de tutela, requeira providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. Trata-se de técnica que permite a fungibilidade casuística entre a antecipação dos efeitos da tutela e a tutela cautelar.

Justifica-se tal fungibilidade na possibilidade de ocorrência de eventual confusão/erro por parte do requerente que, a título de medida antecipatória, requer medida de natureza cautelar. Não existindo óbice na seara de pressupostos legais para concessão, ou seja, presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* autorizadores da atuação cautelar da função jurisdicional, pode o magistrado relevar o equívoco de ordem formal na solicitação da tutela de urgência e deferir medida cautelar no bojo de um procedimento de conhecimento que impeça a ocorrência de dano.

### 3. TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DA EVIDÊNCIA NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Em um momento inicial, o texto que foi apresentado ao Senado Federal, como fruto dos trabalhos e das discussões dos autores do anteprojeto, consagrava em relação a atual disciplina sobre o tema algumas novidades: unificação da tutela cautelar com a tutela antecipatória sob o título de *tutelas de urgência*, fazendo com que desaparece o atual livro do Procedimento Cautelar do CPC, e permitindo o seu pleiteamento antes ou no curso do procedimento – art. 277; e criação da *tutela de evidência*, para acelerar os efeitos do provimento jurisdicional.

Sendo assim, tinha-se que o primeiro pressuposto básico para obtenção de uma tutela de urgência seria a presença de *risco de dano grave ou de difícil reparação* ao direito de uma das partes (*periculum in mora*<sup>5</sup> – art. 278); todavia, o texto do art. 283 colocava sérias dúvidas se no curso dessa unificação, passar-se-ia exigir apenas o *fumus boni iures* das cautelares ou a verossimilhança e prova inequívoca exigidos para concessão da tutela antecipada.<sup>6</sup> Uma vez que o texto não trazia clareza, deixava a impressão de que a obtenção de uma tutela antecipada seria facilitada pela legislação por exigir-se apenas os requisitos típicos das cautelares.

Diante do risco de que medidas de natureza satisfativa pudessem vir a danificar o direito da parte requerida, previu-se que nos casos de dano, o requerente da tutela de urgência seria *objetivamente* responsável por reparar o prejuízo sofrido pelo requerido (art. 282), podendo o magistrado exigir caução prévia.

Nos casos de requerimento *preparatório* das tutelas de urgência, após o pedido, o réu seria citado para contestar no prazo de 5 dias, sob pena de revelia. Caso necessário, realizar-se-ia uma audiência de instrução e julgamento, com deferimento ou não da medida. Se a medida não fosse impugnada, ter-se-ia por *estabilizada*, dispensando-se a propositura da ação judicial.

O anteprojeto previa, ainda, que as medidas de urgência incidentais poderiam ser aplicadas *ex officio*.

- 
5. Fux (2011, p. 17-18) sustenta que há uma distinção entre os tipos de *periculum in mora* ainda no projeto do Senado Federal, pois, para a tutela de urgência cautelar, este se volta para o risco de inutilidade do processo (como queria Calamandrei), enquanto na tutela antecipada (satisfativa), o risco é para o direito material da parte. Com isso, supostamente, a tutela cautelar, ainda no novo CPC conservaria seu caráter instrumental, já que não seria satisfativa (PINHO, 2012, p. 482).
  6. Pinho (2012, p. 485) lembra que no início da discussão sobre os requisitos para concessão da tutela antecipada, em 1994, propostas interpretativas afirmavam que haveria uma gradação dos juízos de probabilidade, sendo o *fumus boni iures* o menor, o mais simples, e no outro extremo, a verossimilhança fundado em prova inequívoca para a tutela antecipada. Seria como dizer que no caso das cautelares, estando ainda em dúvida o magistrado, este penderia a favor do deferimento da cautelaridade; ao passo que diante do pleito de uma antecipação dos efeitos do pedido, este deveria estar – ainda que possível de mudança de entendimento posterior, dado o resto das demais provas a serem produzidas na instrução – consciente e seguro do direito da parte pleiteante. Nesse sentido, afirma Pinho (2012, p. 495): “[...] para fazer valer seu direito a uma tutela antecipatória, é necessário que o requerente prove mais do que é preciso para a obtenção da tutela cautelar”. No mesmo sentido Didier Jr., Braga e Oliveira (2009, p. 462).

A tutela de evidência passava ser uma “novidade”, pois a mesma assumia a natureza satisfativa, *sem contudo, exigir o requisito da urgência*. Na lógica do projeto legislativo, a urgência estaria vinculada à possível ocorrência de dano, ao passo que a evidência não, justificando-se apenas à luz da necessidade de celeridade. Por isso mesmo, pautava-se na incontrovérsia do pedido ou do abuso de direito processual pela outra parte. A incontrovérsia era identificada quando à similitude do atual artigo 273, § 6º do CPC vigente, um ou mais pedidos se mostrarem incontroverso, quando houver prova documental irrefutável e quando a matéria já tiver sido decidida pela jurisprudência em incidente de julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante pelo STF. A outra possibilidade ficava com o caráter de sanção como anteriormente explicado no tópico sobre a atual sistemática.

Por sua vez, na Câmara dos Deputados, o projeto de novo Código de Processo Civil foi autuado e recebeu o nº 8.046/2010 (este foi unificado ao PLC nº 6.025/2005). O PLC nº 8.046/2010, então apresenta sensíveis modificações ao texto original do anteprojeto apresentado ao Senado Federal. Aqui, há uma estruturação que coloca a ideia de tutela antecipada agora como gênero com suas espécies (art. 295): (a) *satisfativa e cautelar*; (b) *antecedente ou incidental*; e (c) *de urgência ou de evidência*.

Como um todo geral, a tutela antecipada é agora precária, conservando, em regra sua eficácia, mas podendo perdê-la por revogação ou modificação a qualquer tempo (art. 297).

Novamente, o art. 295 do PLC nº 8.046/2010 acabou por não definir bem os requisitos para obtenção de uma tutela antecipada de urgência; o dispositivo fala apenas em probabilidade aliada a *periculum in mora*. Mas de que tipo de probabilidade estar-se-ia diante: *fumus boni iures* ou *verossimilhança e prova inequívoca*?<sup>7</sup> Pela sistemática do projeto legislativo, a divisão entre tutela antecipada satisfativa e tutela antecipada cautelar acaba por conservar cada qual o seu requisito tal qual como atualmente.

Importante destacar que a nova versão está muito preocupada com a obediência do magistrado ao dever constitucional de *fundamentação de suas decisões*.<sup>8</sup> Espera-se que com isso, que cada vez mais seja compreendido pelos processualistas brasileiros que os atos processuais não podem ficar restritos à consciência solipsista do magistrado e que é fundamental observar o modelo participativo de processo, no qual o princípio do contraditório não seja reduzido a bilateralidade de audiência, como fazem Cintra, Grinover e Dinamarco (2003, p. 55-56) – ou a um primitivo entendimento de “pari-

7. Ao que se parece, novamente o Legislativo ficou tão focados na questão da urgência, que nitidamente atribuiu à figura do *periculum in mora* maior normatividade que a probabilidade do direito alegado.

8. Infelizmente ainda é comum a confusão feita por diversos processualistas entre a mera *motivação* e as exigências constitucionais de uma *fundamentação*. Para uma cuidadosa explicação sobre essa distinção, recomenda-se uma leitura do trabalho: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; QUINAUD PEDRON, Flávio. O que é uma decisão judicial fundamentada? Reflexões para uma perspectiva democrática do exercício da jurisdição no contexto da reforma do processo civil. 2010.

dade de armas”, como deixa escapar Assumpção Neves (2009, p. 56); e sim, como um direito de co-construção do provimento, um direito de influência da decisão.<sup>9</sup>

A pesar dessa preocupação com a fundamentação da decisão, em hipóteses excepcionais o magistrado estaria autorizado a determinar medidas de urgência *ex officio* (art. 302). Contudo o texto é bastante omissivo sobre essa excepcionalidade, pois não identifica bem suas condições. Isso, por outro lado, pode ser infelizmente um grande retrocesso a uma compreensão adequada do princípio do contraditório e de um modelo processual participativo, pois abre espaço para o tão criticado protagonismo jurisdicional (NUNES, 2008).

Deferida a medida, sua materialização e efetivação passariam, agora, para o rito do cumprimento provisório de sentença. Sendo a decisão impugnável via *agravo de instrumento*. O art. 301 se preocupa com os efeitos da decisão e, portanto, veda a concessão de tutela antecipada de urgência quando a mesma *não for passível de reversibilidade*.

Na sistemática a ser implantada pelo novo CPC, tem-se que não apenas a tutela de natureza cautelar, como ainda a satisfativa, podem ser propostas *antecedentemente* à causa principal. Nessa situação ter-se-ia uma petição que apenas se limitaria ao requerimento e seu pedido, sem necessidade de introduzir os elementos diversos da lide a ser futuramente ajuizada. Uma vez que a lide será debatida processualmente nos mesmos autos, quando esta for proposta, caberia ao *aditar* a petição inicial com a argumentação complementar, juntando novos documentos, etc. Assim não procedendo, o juiz deverá extinguir o processo *sem* resolução do mérito.

Contudo, o art. 305 dispõe sobre a estabilização dos efeitos da tutela satisfativa deferida. Aqui, caso não seja interposto recurso contra a decisão que concedeu a tutela antecipada satisfativa, esta teria o seus efeitos prolongados no tempo, até a instauração de procedimento para discutir (rever, reformar ou invalidar) a decisão proferida na forma do art. 304.

No caso do art. 304, o magistrado deferiria a antecipação de tutela satisfativa, e intimaria o réu, que poderia recorrer da decisão. Não fazendo-o a demanda se estabilizaria e o procedimento no qual se requereu a medida seria extinto, sem necessidade do aditamento e de sua continuidade sob a forma de discussão principal da lide.

A subordinação da continuidade do procedimento, inclusive com aditamento e desenvolvimento do procedimento principal, à discussão em nível recursal é equivocada, pois não leva em conta que o espaço argumentativo recursal é infimamente inferior ao

---

9. “Em relação às partes, o contraditório aglomera um feixe de direitos dele decorrentes, entre eles: a) direito a uma cientificação regular durante todo o procedimento, ou seja, uma citação adequada do ato introdutivo da demanda e a intimação de cada evento processual posterior que lhe permita o exercício efetivo da defesa no curso do procedimento; b) o direito à prova, possibilitando-lhe sua obtenção toda vez que esta for relevante; c) em decorrência do anterior, o direito de assistir pessoalmente a assunção da prova e de se contrapor às alegações de fato ou às atividades probatórias da parte contrária ou, mesmo, oficiosas do julgador; e d) o direito de ser ouvido e julgado por um juiz imune à ciência privada (*private information*), que decida a causa unicamente com base em provas e elementos adquiridos no debate contraditório” (NUNES, 2008, p.230).

espaço que poderia o réu ter em sede de resposta. Há aqui, portanto, inobservância do princípio da ampla defesa, já que restringe-se o *locus discursivo* da demanda ao espaço de um recurso. Mais correta seria a obrigatoriedade de continuidade do procedimento, sendo dada oportunidade do réu apresentar argumentos e provas para o próprio magistrado que deferiu a tutela de urgência antecipada satisfativa revise seu posicionamento e, sendo o caso, entendesse por revogar, invalidar ou reformar sua decisão. Esta decisão sim, é que deveria se sujeitar ao espaço recursal, pois somente após ela, ter-se-ia como respeitado efetivamente tanto a isonomia, quanto o contraditório e a ampla defesa de ambos os litigantes.

O art. 307 do projeto de lei mantém a atual lógica da fungibilidade das tutelas de urgência, admitindo a conversão de uma tutela de urgência cautelar antecedente em tutela de urgência satisfativa antecedente.

Diferente do procedimento de tutela satisfativa antecedente, aqui no ajuizamento de uma tutela cautelar antecedente, o réu será citado para oferecer resposta em 5 dias (art. 308). Como acontece hoje, o art. 310 determina que o pedido principal deve ser apresentado em juízo em até 30 dias da efetivação da medida cautelar; o que denota que seu caráter instrumental.

O art. 306 faz a previsão das modalidades de *tutela de evidência*. Aqui, cabe decisão liminar, inclusive, quando: (1) ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu; (2) a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha outra prova capaz de gerar dúvida razoável; (3) as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; e (4) se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa.

A tutela de evidência, em alguns aspectos, acaba se aproximando muito da atual previsão do art. 273, § 6º, que traz, como já demonstrado acima, uma técnica de julgamento antecipação em face da não impugnação específica de pedido pelo réu. Contudo, o projeto legislativo amplia consideravelmente os seus casos de aplicação. Como alertado, o atual dispositivo atinge *pedidos* incontroversos, já o projeto faz referência a antecipação por incontrovéncia de *fatos/provas* (2). Tal situação certamente deve ser vista como uma ampliação de convencimento antecipado do magistrado já que o mesmo concluiria pela procedência do pedido do autor com base em provas já apresentadas, produzindo decisão sobre o mérito (pelo menos a título parcial) e prosseguindo o procedimento quanto a outros pedidos.

Outra situação controvertida aparece no item (3). Nesse caso, o magistrado estaria autorizado e julgar desde logo a lide no que toca especificadamente o pedido cujo entendimento jurisprudencial já consolidou. Há nítida supervalorização dos entendimentos sumulados e dos resultantes em julgamento de casos repetitivos, demonstrando claramente a preocupação com a técnica de julgamento de demandas de massa. Tal

tendência que começou na atual sistemática com o aumento de poderes do relator em fase recursal, passou pela consagração também da possibilidade de negativa de seguimento da petição recursal quando contrária a posição dominante ou sumulada dos Tribunais Superiores e terminou com a súmulas impeditivas de recursos para recursos especiais e extraordinários.

#### 4. CONCLUSÃO

Ao que parece, então, o projeto de lei acaba por optar *apenas* por uma reestruturação procedimental das figuras da tutela antecipada e procedimento cautelar já existentes. O fim prometido das cautelares e sua fusão com a tutela antecipada não aconteceu de fato – no máximo ambas dividem espaço no Livro V da futura lei – e não acontecerá.

O projeto de novo Código de Processo Civil apenas trouxe para o procedimento de conhecimento/execução a possibilidade pleitear internamente a tutela de urgência: se esta é posterior à instauração do procedimento, será tida como incidental; caso seja anterior, será considerada antecedente e a discussão processual posterior aproveitará os mesmos autos.

A promessa de celeridade e efetividade, no que diz respeito às tutelas de urgência, já de início se mostra não realizável. Tem-se uma mudança de rótulos e de etiquetas, sem contudo, alterações substanciais no procedimento.

Se ao menos, como alertado acima, o novo CPC permitir uma reflexão sobre a importância do modelo do processo participativo e uma atualização do princípio do contraditório sob bases democráticas, aí sim, pode-se esperar mudanças sensíveis; mas diante da tendência de manutenção de uma proposta teórica herdeira de Bulow, tais mudanças acabam por perder efetividade.

#### 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASSUMPTÃO NEVES, Daniel Amorim. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2009.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; QUINAUD PEDRON, Flávio. O que é uma decisão judicial fundamentada? Reflexões para uma perspectiva democrática do exercício da jurisdição no contexto da reforma do processo civil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. (Org.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

- FERNANDES, Bernardo Gonçalves; QUINAUD PEDRON, Flávio. *Poder Judiciário e(m) Crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FUX, Luiz. O Novo Processo Civil. In.: FUX, Luiz (coord.). *O Novo Processo Civil Brasileiro: Direito em Expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012.
- LEAL, Rosemiro Pereira. Verossimilhança e inequívocidade na tutela antecipada em processo civil. In.: LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.
- PINHO, Humberto Dala Bernardina. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. v. 1 – Teoria Geral do Processo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- QUINAUD PEDRON, Flávio. *Mutação Constitucional na Crise do Positivismo Jurídico*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.
- SCHEUERMAN, William E. *Liberal Democracy and the Social Acceleration of Time*. Baltimore: John Hopkins University, 2004.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. v. 2. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Da Ação Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

# O DIREITO À PRODUÇÃO DE PROVAS E AS CORRELATAS QUESTÕES RECURSAIS NO PROJETO DO NOVO CPC

FERNANDO RUBIN<sup>1</sup>

## 1. APRESENTAÇÃO

I. O Novo CPC, já aprovado no Senado Federal, sob a denominação final de Projeto 8046/2010, e nesse momento em tramitação na Câmara Federal, traz novidades de múltiplas ordens ao se lançar a diploma infraconstitucional substituidor do Código Buzaid (CPC/1973).

Já tivemos, em anterior oportunidade, a possibilidade de discutirmos as novidades em relação à temática da preclusão, quando estudamos o teor do “Relatório Barradas” no final de 2012<sup>2</sup>.

É, em complementação ao anterior ensaio, objetivo do presente trabalho investigar o momento atual em que se projetam as alterações em matéria de provas, buscando pontos de convergência e também de divergência entre o CPC/73, com as reformas que já foram implementadas no seu texto, e o Projeto 8046/2010, em debate nesse momento na Câmara Federal – com perspectiva de votação nesta casa legislativa no segundo semestre de 2013, especialmente após a leitura do Relatório do Deputado Federal Paulo Teixeira em 08 de maio de 2013.

Serão abordados avanços e também eventuais retrocessos que se sucederam nesse debate para a tentativa de formação de um novo CPC, inclusive as similitudes e diferenças do novel Relatório Paulo Teixeira para com o Relatório Barradas e o Projeto

- 
1. *Mestre em processo civil pela UFRGS. Professor da Graduação e Pós-graduação do Centro Universitário Ritter dos Reis – UNIRITTER, Laureate International Universities, Professor Pesquisador do Centro de Estudos Trabalhistas do Rio Grande do Sul – CETRA-Imed, Professor Colaborador da Escola Superior de Advocacia – ESA/RS. Professor convidado de cursos de Pós-graduação latu sensu. Articulista de revistas especializadas em processo civil, previdenciário e trabalhista. Parecerista. Advogado do Escritório de Direito Social.*
  2. RUBIN, Fernando. **As importantes alterações firmadas em relação à atuação da preclusão no projeto do novo CPC** in *Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o Projeto do Novo CPC*. Organizadores: Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luiz Henrique Volpe Camargo e Pedro Miranda de Oliveira. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 411/432.

final no Senado de número 8046/2010 articulado ainda com o antecessor, de número 166, também do ano de 2010<sup>3</sup> 4.

## 2. BREVE BALANÇO DO PERÍODO 2010-2013 DE DEBATES EM TORNO DO PROJETO PARA UM NOVO CPC

II. Os últimos dois Relatórios da Câmara Federal – em comparação com o Projeto último do Senado – parecem realmente ser fruto de maior diálogo com o meio jurídico.

Com relação a uma real novidade da Parte Geral do Código, proposta na Câmara Federal, emerge a possibilidade de atuação mais pró-ativa dos advogados das partes em escolher, em paridade de condições e forças, os meios probatórios lícitos que darão forma à fase instrutória.

Se é verdade que o último Projeto do Senado conferiu ao Estado-juiz poderes para prorrogar prazos e inverter a ordem das provas – novidade que será melhor explicitada no desenvolvimento deste ensaio – coube à Câmara acoplar a esse sistema, em matéria de direitos disponíveis, a possibilidade de as partes atuarem para melhor aproveitamento da fase instrutória, a fim de que o julgador tenha melhores subsídios para proferir decisão de mérito – sem que tenha de se utilizar das malfadas regras (de julgamento) do ônus da prova.

A novidade apresentada vem denominada de *acordo de procedimento*; de comum acordo, nos termos inovadores do Projeto, o juiz e as partes podem estipular mudanças no procedimento, objetivando ajustá-lo às especificidades da causa, fixando, quando

- 
3. Para tanto, utilizaremos como suporte alguns trabalhos (período 2010-2012) que já realizamos a respeito do tema e em relação à real possibilidade de contarmos em breve com um novo diploma processual: RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; RUBIN, Fernando. **Fragments de processo civil moderno, de acordo com o novo CPC**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
  4. Por outro lado, devemos deixar registrado que foram inúmeros os artigos pesquisados a respeito dessa fase de construção de um novo CPC, muitos dos quais certamente auxiliaram, direta ou indiretamente, no aprimoramento do Projeto consolidado no Relatório Paulo Teixeira, a saber: CARNEIRO, Athos Gusmão. **Primeiras observações ao projeto de novo código de processo civil – PL 166/2010 – Senado** in Revista Magister de direito civil e processo civil n° 37 (2010): 56/85; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC: análise e proposta** in Revista Magister de direito civil e processo civil n° 38 (2010): 05/33. CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no Projeto do CPC** in Revista Jurídica Lex 51 (2011): 11/24; FURTADO COELHO, Marcus Vinícius. **O anteprojeto de código de processo civil: a busca por celeridade e segurança** in Revista de Processo n° 185 (2010): 146/50; QUADROS, Renata Mesquita Ribeiro. **Da rejeição liminar da demanda baseada na decadência ou na prescrição – art. 317, III do Projeto de Lei do Senado n° 166, de 2010** in Coleção Jornada de Estudos ESMAF, Distrito Federal, volume n° 8 (2011): 207/209; DELLORE, Luiz. **Da ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil** in Revista de Informação Legislativa 190 (2011): 35/43; NUNES, Dierle; JAYME, Fernando Gonzaga. **Novo CPC potencializará os déficit operacionais** extraído do site Conjur, Acesso em 23/04/2012; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Preclusão elástica no Novo CPC**. Senado Federal. Revistas de Informação legislativa. Ano 48. n° 190. Abr/jun 2011. Brasília: Senado Federal, 2001. Tomo 2. p. 307-318; PAULA ATAÍDE JR., Vicente de. **O novo CPC: Escrito com tinta escura e indelével** in Revista Magister de direito civil e processo civil n° 37 (2010): 102/106.

for o caso, o *calendário* para a prática dos atos processuais – mormente, pensamos, os atos probatórios referentes à realização de perícia técnica e coleta de prova oral em audiência.

**III.** Embora devamos reconhecer avanços no estudo e lapidação do Projeto para um novo CPC – quando da comparação do último Projeto da Câmara Federal com o primeiro Projeto destacado no Senado Federal – percebe-se que há ainda falta de consensos em temas importantes, o que fez com que novamente a Câmara Federal, em 2013, tenha adiado novas etapas de discussão e votação<sup>5 6</sup>.

Notadamente no rito de cognição, causa espécie a falta de um norte seguro nas discussões em relação a temas relevantíssimos – tudo a apontar que realmente não tenhamos um novel diploma processual em curto lapso de tempo.

Nesse diapasão, se é bem verdade que o *agravo retido* sempre fora tratado como recurso extinto pelo Projeto, a discussão a respeito da sorte dos *embargos infringentes* persiste.

Ratificamos, nesta oportunidade, a nossa preocupação com a supressão de importante recurso que inegavelmente se mostra oportuno para o reexame das questões fáticas. Em inúmeras matérias dessa ordem, muitas delas com efeito prospectivo considerável, importante se dar à instância “ad quem” a possibilidade de reexame fático minudente, com formação mais sólida da posição do Tribunal em relação aos temas, por meio de seu Grupo Cível<sup>7</sup>.

Por certo, já se está discutindo, ao menos, solução intermediária para que os efeitos práticos do aludido recurso sejam preservados. Isto porque percebeu-se – mesmo dentro da magistratura – quão polêmica figura-se a mera supressão dos embargos infringentes do regime processual<sup>8</sup>, já que esse é, em tese, o último recurso que a parte possui para discutir, a fundo, a totalidade das questões de fato perante o Judiciário – dada a vedação

- 
5. Informação retirada do **site Migalhas**, 15/02/2013 – <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI172581,51045-Relator+vai+excluir+do+novo+CPC+permissao+de+penhora+de+salario+de>. Acesso em 18 de fevereiro de 2013.
  6. Outro exemplo, mais atual, da assertiva pode ser encontrado em: **Requerimento de 16/04/2013 na Câmara dos Deputados** – <http://pt.scribd.com/doc/136468865/Novo-CPC-Adiamento-na-Camara-dos-Deputados-Tramitacao-pl-8046-2010>.
  7. Por exemplo, no campo previdenciário, em que atuamos na advocacia: RUBIN, Fernando. **Proteção jurídica frente ao acidente de trabalho: medidas preventivas e repressivas** in Teatro de Sombras: Relatório da violência no trabalho e apropriação da saúde dos bancários. Organização Jacéia Aguiar Netz e Paulo Barros Oliveira. Porto Alegre: SindBancários, 2011, p. 121/131.
  8. Informação retirada do **site Conjur**, 10/12/2011 <http://www.conjur.com.br/2011-dez-10/juizes-pedem-volta-em-embargos-infringentes-projeto-cpc>. Acesso em 21 de fevereiro de 2013.

tradicional de levar tal matéria às superiores instâncias<sup>9</sup>, conforme prevê especialmente a Súmula n° 07 do STJ<sup>10</sup>.

Mesmo assim, entendemos pela necessidade de manutenção do recurso no regime processual, já que a busca irrefletida por efetividade não pode chegar a medida de dificultar a formação de decisão final qualificada, razão pela qual no ponto a efetividade deve ceder à segurança jurídica – de forma semelhante ao que se sucede, como escreveremos, em matéria de produção probatória na fase instrutória.

Já a respeito da redação dos dispositivos que tratavam de sensível melhora quanto a marco mais avançado de *alteração da causa de pedir/pedido* e definição mais clara a respeito dos *limites da eficácia preclusiva da coisa julgada*, apresentou-se retrocesso espetacular, retomando, a última versão do Projeto, as exatas (conservadoras) disposições que temos hoje no CPC de 1973.

Por fim, em matéria de provas, após comemorarmos avanço significativo com relação à disposição que autoriza, na instrução, a dilação de prazos a fim de que seja feita determinada prova, passamos a acompanhar com preocupação um acréscimo regulando que a dilação de prazo somente pode ser determinada pelo juiz antes do início do prazo – sendo que o Relatório Paulo Teixeira manteve a disposição<sup>11</sup>. Expliquemos um pouco melhor essa, a nosso ver, confusa disposição.

Ocorre que, de fato, foi acrescentado um parágrafo único em um dispositivo do Projeto, regulando que: “a dilação de prazo de que trata o artigo somente pode ser determinada antes do início do prazo regular”. Com relação a essa novidade, s.m.j., não encontramos fundamentação clara que a justificasse. Em primeira análise, parece-nos confusa essa disposição, já que se entendermos que “prazo regular” significa “prazo legal” teríamos que concluir que o julgador deveria prorrogar o prazo dilatatório antes mesmo de iniciar a sua fluência, o que não parece lógico. Ora, como o juiz poderá

- 
9. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MANTIDA. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ACIDENTE. RESPONSABILIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. ENUNCIADO 7 DA SÚMULA DO STJ. LIVRE CONVENCIMENTO. PERÍCIA. REQUERIMENTO GENÉRICO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. ENUNCIADO 283 DA SÚMULA DO STF. NÃO PROVIMENTO. 1. O acórdão recorrido analisou todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia, não se configurando omissão alguma ou negativa de prestação jurisdicional. 2. O Tribunal de origem, com base nos fatos e provas dos autos, entendeu responsável o ora agravante pelo acidente ocorrido. O acolhimento das razões de recurso, na forma pretendida, demandaria o reexame de matéria fática. Incidência do verbete 7 da Súmula desta Corte. 3. Como destinatário final da prova, cabe ao magistrado, respeitando os limites adotados pelo Código de Processo Civil, a interpretação da produção probatória, necessária à formação do seu convencimento. 4. Agravo a que se nega provimento (4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Maria Isabel Galotti, AgRg no AREsp 121314/PI, j. em 07/05/2013).
10. *Súmula 07 do STJ (28/06/1990 – DJ 03.07.1990): “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.*
11. BRASIL. **Relatório Câmara Federal Projeto Novo CPC**. Relator-Geral Deputado Sérgio Barradas Carneiro. Brasília, 2012. p. 813. Acesso em 03 de janeiro de 2013 – <http://sergiobc.com.br/wp-content/uploads/2012/11/parecer.pdf>; BRASIL. **Relatório Câmara Federal Projeto Novo CPC**. Relator-Geral Deputado Paulo Teixeira. Brasília, 2013. p. 978. Acesso em 28 de junho de 2013.

dilatar o prazo antes do início do prazo regular se não sabe exatamente as razões que as partes podem ter para justamente não cumprir a medida dentro do prazo legal?!

Pensamos, assim, que, em sendo mantido o discutido parágrafo único, deve-se imediatamente tentar construir exegese que autorize a dilação do prazo para produzir provas, ao menos em uma oportunidade, após o julgador ter ciência da justificativa da parte para não cumprir o prazo legal – o que se dará na fluência do prazo regular previsto no Código.

IV. Pois bem. Vê-se dos exemplos supra que realmente muito tem a ser debatido, diante de Projeto que acaba tendo sua redação alterada em vários dispositivos a cada troca de relatoria e votação – situação que invariavelmente aumenta a incerteza em relação à redação final que será aprovada. De certo, a versão derradeira da Câmara Federal em muito será distante do Relatório 8046 que deixou o Senado em 2010, razão pela qual quando o Projeto a essa casa retornar para uma última votação, também não se sabe ainda qual será a reação da maioria dos senadores responsáveis pelo final encaminhamento.

### 3. O RELATÓRIO BARRADAS E O RELATÓRIO PAULO TEIXEIRA

V. Após votação do Relatório Barradas no segundo semestre de 2012 na Câmara Federal, foram retomadas as discussões do Projeto para um novo CPC no corrente ano, tendo sido lido o Relatório Paulo Teixeira em 8 de maio de 2013, o qual apresenta algumas tópicas novidades interessantes, embora grosso modo a estrutura básica do Projeto Barradas não tenha sido alterada substancialmente<sup>12</sup>. Tanto é que o Deputado Federal **Paulo Teixeira (PT-SP) detalhou que procedeu a um total de 38 modificações ao relatório apresentado anteriormente na comissão especial pelo ex-Deputado Sergio Barradas Carneiro (PT-BA), que inicialmente ocupou a relatoria da proposta do novo CPC**<sup>13</sup>.

Para quem não vem acompanhando de perto o Projeto para um novo CPC, pode-se dizer, em brevíssimas linhas, que o Relatório Barradas apresentou um número grande de novidades se comparado com o texto do Projeto vindo do Senado sob o número 8046/2010; situação que não se equipara quando da comparação do Relatório Barradas com o Relatório Paulo Teixeira recentemente divulgado.

Alguns pontos acabaram sendo repensados, sendo feita aqui a opção por indicarmos cenários que preocupam especialmente à advocacia<sup>14</sup>. Um dos itens retirados foi a

12. A respeito, o **site Atualidades do Direito, acesso em 16/06/2013**, apresenta interessante histórico do teor dos Projetos para um novo CPC: <http://atualidadesdodireito.com.br/dellore/2013/05/13/ncpc-camara>.

13. Informação retirada do site da **liderança do partido em 17/06/2013**: <http://www.ptnacamara.org.br/index.php/noticias/itemlist/tag/C%C3%B3digo%20de%20Processo%20Civil,%20CPC,%20Paulo%20Teixeira,%20Sergio%20Barradas%20Carneiro,%20%20%20justi%C3%A7a,%20%20%20%20concilia%C3%A7%C3%A3o,%20%20media%C3%A7%C3%A3o>.

14. Informação retirada do site **Conjur, de 20/05/2013**: <http://www.conjur.com.br/2013-mai-20/pontos-preocupavam-advocacia-retirado-projeto-cpc>.

*Apelação por instrumento*, que criava a necessidade de cópia de todas as peças relevantes para que o recurso fosse apreciado pelo Tribunal diretamente, sem a necessidade dos autos físicos; não haverá então, pelo Relatório Paulo Teixeira, alteração significativa no processamento deste recurso, sendo ainda mantida a regra atual de que a *Apelação tem, por regra, efeito suspensivo* – já que pelos estudos anteriores, a proposta era retirar o efeito suspensivo do recurso, permitindo assim a execução provisória imediata da decisão de mérito proferida pela instância originária.

Outro ponto que merece destaque, e que será objeto de maior discussão na parte final deste ensaio, diz respeito ao *Agravo de Instrumento contra decisão que indefere provas*. O Relatório Barradas previa, no art. 1037, o recurso imediato contra decisão interlocutória só na hipótese de a decisão “determinar a exibição ou a posse de documento ou coisa” e da que “redistribuir o ônus da prova”<sup>15</sup>. O Relatório Paulo Teixeira mantém, no art. 1028, essa possibilidade de utilização do Agravo de Instrumento, criando ainda uma terceira – e mais importante – hipótese de manejo do recurso na temática probatória, ao consignar, no inciso XIII, que cabe recurso da decisão interlocutória gravosa que “*indeferir o pedido de produção da prova*”<sup>16</sup>.

Realmente trata-se de novidade relevante, que se coloca claramente a favor da prova, cenário que vem de boa data sendo por nós vivamente defendido, e que justifica o presente trabalho de atualização em relação às novidades do Projeto para um Novo CPC. Antes, porém, de destacarmos a nossa interpretação em relação ao art. 1028, XIII do Relatório Paulo Teixeira, importante contextualizarmos a relevância da temática probatória para o Projeto, trazendo à baila a nossa (restritiva) exegese da disposição contida do art. 139, VI do mesmo Relatório.

#### 4. A NECESSÁRIA COMPREENSÃO DOS PRAZOS, NA INSTRUÇÃO, COMO DILATÓRIOS

VI. Registra o art. 139, VI do Relatório Paulo Teixeira que “*o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os à necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito*”<sup>17</sup>.

Forçoso restringir a novidade destacada no Projeto à fase instrutória (onde se concentra a *atividade de instrução*<sup>18</sup>), em que já vínhamos admitindo ser o espaço devido em que se poderia falar irrestritamente em prazos não sujeitos à imediata preclusão

15. BRASIL. **Relatório Câmara Federal Projeto Novo CPC**. Relator-Geral Deputado Sérgio Barradas Carneiro. Brasília, 2012. p. 1101. Acesso em 03 de janeiro de 2013 – <http://sergiobc.com.br/wp-content/uploads/2012/11/parecer.pdf>.

16. BRASIL. **Relatório Câmara Federal Projeto Novo CPC**. Relator-Geral Deputado Paulo Teixeira. Brasília, 2013. p. 1301. Acesso em 28 de junho de 2013.

17. BRASIL. **Relatório Câmara Federal Projeto Novo CPC**. Relator-Geral Deputado Paulo Teixeira. Brasília, 2013. p. 978. Acesso em 28 de junho de 2013.

18. BARBOSA MOREIRA, J. C. O novo processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2006, 24ª Ed, p. 56.

(prazos dilatatórios)<sup>19</sup>. Sim, porque se passamos a falar no conceito de prazo fatal (peremptório), inegável reconhecer que o juiz não poderia dilatar tal prazo, como ocorre, por exemplo, com o prazo contestacional de quinze dias – inegável medida integrante da fase postulatória e sujeita à rígida regra preclusiva, seja no Código Buzaid seja no Projeto para um novo CPC.

Ademais, pensamos que o objetivo do Projeto segue sendo restringir a possibilidade de dilação de prazo à fase instrutória, já que o art. 139, VI ao trazer a novidade, catalogando os poderes do juiz na direção do processo, refere no mesmo inciso a possibilidade de o julgador alterar a ordem das provas, o que dá a entender que o cenário para dilação de prazos é justamente o do aprofundamento da instrução (fase instrutória).

Fazemos questão de retomar essa questão do Projeto já que discute a importância da fase instrutória para o processo, sendo a nosso ver opção política o *resguardo à produção de provas em detrimento da aplicação rígida da técnica preclusiva* – como já vem sendo discutido e exigido no direito estrangeiro<sup>20</sup>.

O Projeto acaba assim, mesmo que indiretamente, facilitando a difícil diferenciação do que seja prazo dilatatório e peremptório na fase de conhecimento, a partir do momento que passa a admitir que todo o prazo da instrução deva ser compreendido como não peremptório – já que pode ser dilatado pelo magistrado, diretor do processo.

O Código Buzaid destaca os prazos peremptórios no artigo 182 e os prazos dilatatórios no art. 181 sem discriminar quais as hipóteses do sistema em que o julgador deva aplicar um e outro<sup>21</sup>. A jurisprudência, por sua vez, vem sendo mais contundente a fim de confirmar, como peremptórios, específicos prazos fundamentais dentro do procedimento, como os de contestação, exceções, reconvenção e recursos em geral.

Sempre entendemos que o ato central de defesa, além dos recursos, são os verdadeiros prazos peremptórios de que trata genericamente o CPC, no art. 182, os quais não são passíveis de prorrogação, mesmo havendo consenso das partes nesse sentido. Na seara recursal, só para não passar em branco nesse ensaio, diga-se que não ousaríamos pregar relativizações da preclusão, sendo patente que a intempestividade do recurso (ligada a desídia ou desinteresse da parte) somada a preocupação com a efetividade e a própria presunção de correção da decisão mal embargada, determina a consolidação deste *decisum* (interlocutório ou final), operando-se a preclusão<sup>22</sup>.

19. RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 229/237, especialmente.; RUBIN, Fernando. **Fragmentos de processo civil moderno, de acordo com o Novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.109/126 e p. 173/184, especialmente.

20. COMOGLIO, Luigi Paolo. **Preclusioni istruttorie e diritto alla prova** in Rivista di Diritto Processuale n° 53 (1998): 968/995; MARELLI, Fabio. **La trattazione della causa nel regime delle preclusioni**. Padova: CEDAM, 1996, p. 61/82.

21. BARBOSA MOREIRA, J.C. **Sobre prazos peremptórios e dilatatórios** in Temas de direito processual, Segunda série. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

22. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. vol. I. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 196.

Ainda é de se sublinhar que alguns magistrados, em sentido diverso (aproveitando-se que o Código Buzaid não desenvolveu qualquer critério lógico para distinguir os prazos peremptórios dos meramente dilatórios), consideram (indevidamente) que a maioria dos prazos processuais fixados no código são peremptórios (inclusive os presentes na fase instrutória), inviabilizando a partir dessa imprecisa premissa, qualquer discussão a respeito da (não aplicação dos préstimos da) preclusão processual decorrente do desrespeito ao estrito teor dos dispositivos contempladores de tais prazos.

Realmente, pelo atual sistema, principalmente a jurisprudência vacila muito em reconhecer os *prazos como dilatórios na instrução*, sendo conhecidas as teses majoritárias no STJ de que o prazo do art. 421 (apresentação de quesitos e assistente técnico) é dilatório, mas que outros importantes prazos como o do art. 407 (juntada de rol de testemunha) e especialmente o do art. 433 (juntada do laudo de perito assistente) são prazos peremptórios<sup>23</sup>.

Entendemos como contraditórias essas posições (firmadas sem uma interpretação conjunta desses dispositivos que integram a fase instrutória), razão pela qual seguimos defendendo que devem ser reconhecidos todos esses prazos como dilatórios, mesmo porque há um direito constitucional (e prioritário) à produção de provas a ser observado na devida exegese do ordenamento legal<sup>24</sup>; inexistindo, por outro lado, lesão objetiva a direito da parte contrária, em razão da dilação de prazo autorizada a fim de que seja feita a prova em tempo razoável<sup>25</sup>.

Prosseguimos invocando que para se atingir no processo uma maior certeza do direito a ser declarado, as disposições contidas no código processual (amoldadoras do procedimento e conferidoras de ordenação e disciplina ao rito a ser seguido), precisam passar pelo filtro de sua compatibilidade com os princípios e valores fundamentais pertinentes à espécie e reconhecidos em dado momento histórico – os quais se apresentam estipulados na Lei Fundamental.

Defendemos, assim, que o texto do CPC/1973 deveria ser interpretado à luz da CF/88 a fim de ser obtida *criterosa aplicação reduzida dos préstimos da preclusão na instrução* – bem presente, ainda, a premissa sedimentada pela doutrina processual no sentido de que as formas dos atos do processo não estão prescritas na lei para a realização

23. “O assistente técnico poder ser indicado pela parte após a dilação consignada na lei, mas desde que não iniciada a prova pericial, sempre com a ressalva do signatário, entendendo tratar-se de prazo peremptório” (STJ, Resp n° 151400, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 14/06/1999); “Não procede o argumento de que, embora descumprido o prazo judicial, por terem sido as testemunhas arroladas com antecedência de 3 (três) meses da data da realização da audiência, não haveria prejuízo para a outra parte. Isso porque o gravame decorreria da simples revelação, sem justa causa, da preclusão advinda da inércia do recorrente” (STJ, Resp n° 828373, Rel. Min. Castro Filho, DJ 11/09/2006); “O prazo de que dispõe o assistente técnico para juntada de seu parecer é preclusivo, de modo que, apresentado extemporaneamente, deve ser ele desentranhado” (STJ, EDcl no Resp 800180, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ 11/09/2006).

24. CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006. p. 450.

25. CALMON DE PASSOS, J. J. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 121.

de um fim próprio ou autônomo<sup>26</sup>; sendo esse, no nosso sentir, o devido campo em que deve se evitar o inútil sacrifício do direito e da justiça, relevando-se eventualmente mesmo a falha da parte em face das sutilezas da lei, que não devem servir para impedir ou dificultar o exercício do direito<sup>27</sup>.

Agora, pelo sistema do Projeto mais atual para um novo CPC, essa resolução da problemática fica evidentemente facilitada, já que maiores esforços exegéticos – de interpretação do CPC à luz da CF – deixam de se fazer indispensáveis, a partir do momento em que o próprio *Codex* já admite que os prazos (na instrução) podem ser dilatados pelo magistrado.

**VII.** Nesse diapasão ainda, devemos deixar bem claro que a mitigação da aplicação da técnica preclusiva nesse cenário não significa simplesmente que não haverá mais preclusões na instrução. *O prazo quando dilatatório, ou impróprio, não é sinônimo de não preclusivo*<sup>28</sup>. E tal acepção sempre foi precisa, mesmo no atual modelo processual de 1973.

Se o Estado-juiz realmente não possui propriamente prazos para se manifestar nos autos, o mesmo, no entanto, pode não se dar com as partes litigantes, que mesmo diante de prazos dilatatórios precisam se manifestar se não exatamente dentro do termo processual fixado, em momento razoavelmente próximo, sob pena, ocasionalmente, de o magistrado decretar a preclusão e dar seguimento à marcha procedimental<sup>29</sup>.

É o que se dá, por exemplo, quando o juiz fixa prazo de cinco dias para uma das partes se posicionar quanto aos documentos juntados pela outra (art. 398 do CPC), e dá-se normal andamento ao feito se após longo transcurso de tempo da intimação (*v.g.*, um mês), a parte ainda não tenha se manifestado. Por outro lado, mesmo sendo ideal para o célere impulsionamento do feito que a parte se manifeste dentro do prazo legal fixado, certo que se trazer aos autos peça de análise dos documentos dentro de lapso temporal não excessivo (em quinze dias, *v.g.*), o julgador não irá decretar a preclusão, e por consequência não irá determinar o desentranhamento da petição.

Repara-se, então, que os prazos dilatatórios fixados no art. 181 do CPC – cujo texto é repetido pelo Projeto do Senado no art. 189 – não podem literalmente ser denominados de “não preclusivos”, ao menos quando estivermos falando da aplicação do fenômeno sobre os atos dirigidos às partes. Nesse caso, por certo, a preclusão não se dá imediatamente, em decorrência do texto da lei (*ipso iure*), mas sim pode decorrer de decretação judicial (*de natureza constitutiva*), razão pela qual não está absolutamente correta, frise-se, a assertiva de que a preclusão processual atinge somente os prazos

26. POLI, Roberto. **Sulla sanabilità della inosservanza di forme prescrite a pena di preclusione e decadenza**. Rivista de diritto processuale, Padova, Cedam, n° 2, p. 447-470, abr./jun. 1996.

27. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 182.

28. BALBI, Celso Edoardo. **La decadenza nel processo di cognizione**. Milão: Giuffrè, 1983. p. 34/35.

29. NUNES, Dierle. **Preclusão como fator de estruturação do procedimento** in Estudos continuados de teoria do processo – vol. IV. Porto Alegre: Síntese, 2004.

peremptórios ou próprios (art. 182 do CPC – cujo texto é repetido pelo Projeto no art. 190) – e por consequência comprova-se que o fenômeno nem sempre produz efeitos independente da vontade das partes e mesmo do juiz (bastando-lhe a previsão na lei processual).

Embora o último Relatório da Câmara Federal tenha mantido a supressão da redação do Projeto do Senado, quanto à distinção dos prazos dilatatórios e peremptórios presente nos supra-informados artigos 189 e 190, destaca no art. 222, § 1º que “*ao juiz é vedado, sem anuência das partes, reduzir prazos peremptórios*”. Pensamos, pois, que a diferenciação entre as espécies de prazos dispostos às partes está mantida, embora tenha se optado por redação mais econômica no ponto. As discussões a respeito do tema, no entanto, invariavelmente devem prosseguir.

Fechado o parênteses, finaliza-se dizendo que para as partes pode se operar o fenômeno preclusivo tanto em se tratando de prazos peremptórios, como dilatatórios, sendo que nestes últimos só após manifestação judicial expressa a respeito; razão pela qual não se dará pelo Projeto, para um novo CPC, redução efetiva da técnica preclusiva quando a parte não cumprir disposição instrutória dentro de razoável prazo legal, mesmo ciente de que o prazo é dilatatório.

**VIII.** Uma leitura atenta da redação do art. 139, VI do Relatório Paulo Teixeira aponta que realmente *a mitigação do fenômeno preclusivo no ato de impulsionamento do procedimento na fase instrutória* não se projeta exclusivamente em nome da efetividade (como equivocadamente, no nosso sentir, o próprio dispositivo enuncia). Na verdade, essa dilação de prazo, autorizadora de uma *flexibilização procedimental*<sup>30</sup>, a toda evidência, se projeta em defesa do direito constitucional (e prioritário) à prova, a fim de que a instrução seja mais completa, com maior material probatório, aumentando assim as chances de o julgador se aproximar da verdade material – quando da (esperada) pronúncia judicial sobre o mérito do direito controvertido. Nessa conjectura, o dispositivo se coloca mais a favor da *segurança jurídica* (na acepção de certeza maior do direito a ser declarado em sentença) do que a favor da *efetividade*<sup>31</sup> – o foco dessa inovação é, sem dúvida, a apuração da verdade e o acerto da decisão de mérito.

Evidentemente, quanto maior possibilidade se concede no processo para o estabelecimento do contraditório/ampla defesa (*v.g.*, aumentando-se as oportunidades do direito a provar), justamente maior segurança se terá no que toca à certeza do direito (invocado ou defendido), maior segurança se terá no que toca à qualidade da tutela jurisdicional e mesmo à previsibilidade da decisão a ser tomada em sentença<sup>32</sup>; ainda que se visualize tópicos prejuízo à efetividade e ao cumprimento das disposições preclu-

30. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC** in Revista de Informação Legislativa 190 (2011): 163/177; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Flexibilização procedimental** in Revista Eletrônica de Direito Processual, Vol. VI, p. 135/164.

31. PRUDENTE, Antônio Souza. **Poder judiciário e segurança jurídica** in Revista de informação legislativa n° 115 (1992): 571/580.

32. NALINI, José Renato. **Hora de desequilibrar – judiciário será descartado se não funcionar** extraído do site Conjur, link <http://conjur.estadao.com.br/static/text/53997,1>. Acesso em 02/02/2009.

sivas do rito (nos termos estritos previstos em lei)<sup>33</sup>. Ora, se se está dilatando prazo, a tendência é a de que a instrução se prolongue, sendo encerrada essa etapa em momento ulterior, o que, em tese, depararia em desfavor da efetividade. A busca aqui se coloca (sim) em favor da prova, medida louvável do Projeto – na contramão das reformas tendentes à busca (desenfreada) pela efetividade<sup>34</sup>, ainda mais naqueles feitos em que a carga fática é densa e nem sempre a prova poderia ser devidamente produzida no exíguo prazo previsto genericamente em lei.

Temos que nessa mesma linha se encaminha a grande novidade, nesse cenário, do Projeto Paulo Teixeira, ao admitir que um indeferimento de prova deva ser examinado imediatamente pelo Tribunal *ad quem*, a partir da interposição do competente recurso de Agravo de Instrumento. Eis o objeto da análise que se segue.

## 5. O DIREITO PRIORITÁRIO À PROVA E A NOVEL PREVISÃO LEGAL DE UTILIZAÇÃO DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

**IX.** Se tínhamos alguma dúvida de que o Projeto para um novo CPC tinha feito opção pela garantia da prova (e assim pelo cumprimento das disposições constitucionais do art. 5º da CF/88 que corporificam um *direito prioritário à prova* – especialmente incisos XXXV, LIV, LV e LVI analisados articuladamente<sup>35</sup>), temos que eventual desconfiança veio a ser oportunamente desfeita a partir da disposição, contida no Relatório Paulo Teixeira, que determina a imediata utilização do Agravo de Instrumento para desafiar decisão judicial de primeiro grau que indefere a realização de prova.

**X.** No sistema do Código Buzaid, pelo teor dos arts. 522/523, cabe o recurso de Agravo de Instrumento das decisões interlocutórias suscetíveis de causar à parte lesão grave ou de difícil reparação; sendo que em todos os demais casos, a parte interessada deve apresentar Agravo Retido. No sistema projetado temos detalhamento das hipóteses de cabimento do primeiro recurso, sendo ainda simplesmente suprimido o segundo.

A simplificação do sistema recursal com a extinção do agravo retido tem como pano de fundo a minoração na aplicação da técnica preclusiva, ao passo que as decisões interlocutórias de menor gravidade (*rectius*: não sujeitas a Agravo de Instrumento) passam a não serem cobertas pelo manto da preclusão, devendo a irresignação ser diretamente encaminhada ao Tribunal, se houver necessidade, como preliminar ao mérito de apelação.

33. BARROSO, Luis Roberto. **A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo** in Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros n° 94 (2000): 79/97.

34. THEODORO JR., Humberto. **A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica** in Revista Magister de direito civil e processual civil (11):5/32.

35. Dispositivos constitucionais esses que fixam as “*garantias mais importantes do processo*”, não só judicial mas também administrativo (KEMMERICH, Clóvis Juarez. **O processo administrativo na Previdência Social**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 12/13).

Resta então amenizada a ideia da preclusão para as partes, sendo que desde o Anteprojeto 166-2010, já havia previsão de que as decisões interlocutórias, produzidas incidentalmente antes da sentença, poderão ser impugnadas pela parte sucumbente, em preliminar, em sede de razões ou de contrarrazões de apelação<sup>36</sup>.

Claro que essa mitigação dos efeitos preclusivos é relativa, especialmente porque as decisões interlocutórias sujeitas a Agravo de Instrumento, ratifique-se, seguem a regra tradicional de preclusão – cabendo esse último recurso contra um número largo de disposições contidas no atual art. 1028 do Relatório Paulo Teixeira. Trata-se de número amplo, em que se situa a temática probatória, mas de *números clausus*, sistemática então totalmente diversa do Código Buzaid.

Portanto, o modelo projetado exclui a incidência de recurso imediato das decisões interlocutórias de menor envergadura e estabelece *números clausus* para as situações incidentais que desafiarão o Agravo de Instrumento.

XI. Uma primeira análise da questão, diante da nossa preocupação com o cenário probatório, aponta que a novidade trazida no Relatório Paulo Teixeira é positiva; determinando que a questão seja imediatamente examinada pelo Tribunal, o que ao nosso entender aumenta as chances de se ter resposta célere e determinadora de reforma do julgado, sendo também interessante ao passo que impede que o Tribunal deixe eventualmente de apreciar a questão, convertendo o Agravo de Instrumento em Retido, como em alguma medida hoje acontece<sup>37</sup>.

No sistema Buzaid pode haver sempre uma boa dúvida a respeito do cabimento do Agravo de Instrumento no caso concreto<sup>38</sup>, já que a disposição do Código Processual é genérica, o que autoriza certo grau de subjetivismo, justamente o que pretende acabar o Projeto para um novo CPC. Por isso que é tão importante saber se uma matéria está inserida nesse contexto ou não; felizmente agora, pelo Relatório Paulo Teixeira, a matéria probatória está devidamente contemplada.

Alías, se examinarmos o histórico do Projeto, desde o Senado Federal, vamos ver que a matéria probatória foi aos poucos sendo inserida nesse dispositivo que regula as hipóteses específicas em que cabe o recurso de Agravo de Instrumento: na primei-

36. **Novo Código de Processo Civil: comparativo entre o novo CPC e o CPC de 1973.** Organizadores: Jefferson Carús Guedes, Felipe Camilo Dall'Alba, Guilherme Beaux Nassif Azem, Liliane Maria Busato Batista. Prefácio de Dias Tofolli. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 251.

37. **AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL E ORAL. INDEFERIMENTO. CONVERSÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AGRAVO RETIDO. ART. 527, INC. II DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI nº 11.187 DE 19 DE OUTUBRO DE 2005).** Caso em que não há demonstração de que a decisão guerreada possa causar ao recorrente lesão grave e de difícil reparação, cumprindo, pois a conversão do recurso em agravo retido, (art. 522 do CPC) em conformidade com o disposto no art. 527, inciso II, do CPC, com a redação dada pela Lei nº 11.187/05. RECURSO CONVERTIDO EM AGRAVO RETIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70054379151, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Renato Alves da Silva, Julgado em 24/05/2013).

38. **MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil comentado.** São Paulo: RT, 2011, 3ª ed., p 553.

ra versão do Senado Federal, 166/2010, não existia nada a respeito; na versão final, 8046/2010, aparecia a previsão envolvendo “exibição de documento ou coisa”; no Relatório Barradas da Câmara Federal, além dessa primeira previsão, veio a segunda: “inverter o ônus de prova”; e, finalmente no Relatório Paulo Teixeira da Câmara Federal, são confirmadas as duas hipóteses mencionadas, sendo cogitada de uma terceira: “indeferimento de prova”.

Então, pelo Relatório Paulo Teixeira, são três hipóteses envolvendo matéria probatória, em que prevista a utilização do recurso de Agravo de Instrumento. Retomemos, pois, que há amplo interesse no resguardo da prova, se examinarmos esse dispositivo, ainda mais se o articularmos com àquela previsão de dilação de prazos na fase instrutória – o qual também se coloca, como vimos, a favor do direito de provar. Cremos que essa *macro proteção que acabou se formando no Projeto há de ser enaltecida*, não sendo crível que haja retrocesso até a aprovação final do novo CPC.

**XII.** Pois bem. Se analisarmos as três hipóteses probatórias cabíveis de Agravo de Instrumento, podemos dizer que aquela que trata da exibição de documento ou coisa (art. 1028, VI) está, *s.m.j.*, contemplada na mais ampla disposição do indeferimento de meios de prova (art. 1028, XIII), razão pela qual até poderia ser excluída aquela anterior disposição, já que qualquer indeferimento de prova, seja documental, pericial, testemunhal, etc., deve ser analisada imediatamente pelo Tribunal por meio do recurso típico.

Especialmente no que toca à prova pericial, temos que a novidade é muito positiva, já que no atual cenário, repisamos, poderia o *juízo a quo* entender pela desnecessidade da perícia técnica para o processo, vindo a julgá-lo imediatamente; interpondo a parte litigante interessada o Agravo de Instrumento, o Tribunal poderia alegar que o dano não era supostamente grave e irremediável, convertendo o Instrumento em Retido, nada tratando antes da decisão final de mérito. Melhor mesmo é, antes de qualquer decisão de mérito, que se examine muito bem a viabilidade da prova, nesse caso pericial, o que se dará pela intervenção do Tribunal; sendo que esperamos uma posição mais firme e profunda dos Tribunais na análise dos indeferimentos de prova, corrigindo qualquer decisão originária que tenha indeferido inadequadamente meio de provar, sendo relevante lembrarmos que pela sua importância, em processos de cunho fático significativo, que qualquer meio de prova seja realizado, inclusive nas hipóteses em que o julgador fique em dúvida sobre a necessidade daquela prova para a instrução do feito. O indeferimento de plano da prova só cabe, estamos convictos, em condições absolutamente excepcionais, quando o fato jurídico, integrante da *causa petendi*, não for mais controvertido ou a prova recair sobre questão manifestamente irrelevante para o deslinde da causa<sup>39</sup>.

39. A respeito do tema probatório, importante a consulta as referências principais pátrias, de onde retiramos a base do nosso pensar: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Problemas atuais da livre apreciação da prova** disponível em: <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/oliveir3.htm>; Acesso em: 13 jun. 2013; CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006; KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART,

De fato, entendemos que o segundo grau em matéria probatória possui muita responsabilidade no Brasil, já que cabe a ele fazer o controle das decisões, inclusive interlocutórias, dos juízos de primeiro grau, coibindo medidas abusivas (e em alguns casos reiteradas) de magistrados de primeira instância no sentido de indeferir meios de provas, preferindo sempre pelo julgamento antecipado (e prematuro) da demanda. Com a novidade incrementada no Relatório Paulo Teixeira esse controle poderá ser melhor feito, já que realmente o Tribunal será obrigado a enfrentar o “mérito”, decidindo se houve ou não excesso no indeferimento de prova – e, repetimos, temos que esse controle deve ser feito com muito cuidado, o que resultará em balizador (e até aprendido) ao julgador de primeiro grau, aumentando a qualidade da sentença, a ser feita a partir da prova produzida por sua decisão ou por imposição do juízo *ad quem*.

Nesse sentido, para exemplificarmos, já há alguns paradigmas na jurisprudência que precisam ganhar mais espaço, a saber: “em que pese a autoridade do juiz de determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias, não se pode perder de vista que *igualmente cumpre assegurar aos litigantes o exercício da ampla defesa a partir da utilidade da prova*”<sup>40</sup>.

**XIII.** Retornando ao teor do art. 1028, XIII do Projeto, mais ainda há de se falar – mesmo que seja nessa primeira (breve) oportunidade que estamos tendo de nos manifestar. Ocorre que o dispositivo não é perfeitamente claro na sua redação, podendo suscitar dúvidas de interpretação: o que entenderá a jurisprudência por “decisão interlocutória que indeferir o pedido de produção de prova”?

Parece-nos que sendo a prova algo prioritário no processo, todo o pedido escrito de prova, mesmo os subsidiários, como o de resposta a quesitos complementares e suplementares ao laudo pericial oficial, em caso de indeferimento, desafiariam Agravo de Instrumento. Vejam que a resposta se torna um pouco mais tormentosa, ao passo que não haverá mais a hipótese de utilização do (extinto pelo Projeto) Agravo Retido.

---

Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: RT, 2011. 2ª ed.; REICHEL, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. Já da nossa autoria, consultar: RUBIN, Fernando. **Provas atípicas** in *Lex de Direito Brasileiro* n° 48 (2010), p. 44 e ss.; RUBIN, Fernando. **Teoria geral da prova: do conceito de prova aos modelos de constatação da verdade** in *Revista Dialética de Direito Processual* n° 118 (jan/2013), p. 20/39.

40. PROCESSUAL CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. Quesito complementar formulado tempestivamente e de conteúdo adequado à matéria debatida na demanda. Encerramento da instrução e julgamento do feito. Ausência de deliberação acerca do pedido de integração da prova técnica. Cerceamento de defesa evidenciado. Nulidade da sentença. AGRAVO RETIDO PROVIDO. APELAÇÃO PREJUDICADA. DECISÃO MONOCRÁTICA. (Apelação Cível N° 70053459574, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 26/03/2013); APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ACIDENTÁRIA. INSS. PROCESSUAL CIVIL. QUESITOS COMPLEMENTARES. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO JUDICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA CARACTERIZADO. NULIDADE DA SENTENÇA. A perícia é feita para esclarecer os pontos controversos postos à apreciação judicial, sendo necessária para trazer informações técnicas às partes e ao Juiz. Se uma das partes ainda não teve todas as suas indagações esclarecidas pelo perito, tem o direito, nos termos do CPC 435, de pedir esclarecimentos ao expert, formulando quesitos complementares. (...). ACOLHERAM A PRELIMINAR A EFEITO DE DESCONSTITUIR A SENTENÇA. UNÂNIME. (Apelação Cível N° 70041277799, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 20/07/2011).

Então, no exemplo supra, em que tradicionalmente o procurador “agrava retido”<sup>41</sup>, caberá recorrer imediatamente para ver a sua pretensão analisada, pelo Tribunal, antes do julgamento de mérito pelo juízo originário. Se não recorrer ao Tribunal imediatamente, restaria precluso o seu direito de fazer a complementação da prova pericial no caso concreto? Ora, nesse cenário e diante da previsão constante no art. 1028, XIII, trata-se de risco que o procurador não deveria correr, mesmo porque se está requerendo a produção da prova, mesmo que complementar, deve ter interesse em que imediatamente se realize e se incorpore ao processo para o julgamento em cognição exauriente, a não ser que tenha fins escusos/protelatórios, o que não deve ser tolerado pelo meio jurídico.

Agora, como fica a redação do art. 1028, XIII na hipótese de indeferimento de prova em audiência: na juntada de algum documento novo ou em alguma pergunta dirigida à testemunha arrolada e que está sendo inquirida no evento solene? Não será seguramente mais possível o agravo retido oral, tradicionalmente utilizado pelos procuradores nesse cenário<sup>42</sup>. Deveria, no nosso sentir, aqui também ser a hipótese de Agravo de Instrumento, o qual deverá ser manejado por escrito a partir do dia seguinte à realização da audiência<sup>43</sup>. Problemas de todas as ordens daí podem surgir, como a dificuldade de acesso aos autos em razão da confecção da ata da audiência, ou mesmo necessidade de reabertura de instrução e nova audiência, a partir do julgamento do Agravo de Instrumento que determine a necessidade daquela prova requerida em frente ao magistrado – a qual foi indeferida, sendo de plano determinado o encerramento da

- 
41. APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. INTERDIÇÃO. CURATELA. PROVA PERICIAL SUPLEMENTAR DESNECESSIDADE. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. NULIDADE DO PROCESSO POR NÃO INTIMAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA E POR CERCEAMENTO DE DEFESA. PRELIMINARES REJEITADAS. AUSÊNCIA DE PATOLOGIA INCAPACITANTE. DEMONSTRAÇÃO CABAL, PARA FINS DO ART. 1.780 DO CÓDIGO CIVIL, DE IMPOSSIBILIDADE DE GERENCIAMENTO DOS ATOS DA VIDA CIVIL INDEPENDENTEMENTE DE AUXÍLIO DE TERCEIROS. CURATELA QUE SE IMPÕE. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. PRELIMINARES REJEITADAS. APELAÇÃO PROVIDA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70029218559, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 13/05/2009).
42. Trata-se, realmente, do procedimento eleito pelo Código Buzaid: AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO PROFERIDA EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. DESCABIMENTO DO RECURSO ELEITO. Consoante artigo 523, § 3º, do Código de Processo Civil, em se tratando de decisão proferida no âmbito da audiência de instrução e julgamento, cabível a interposição oral de agravo retido. Aplicáveis os princípios da oralidade e da celeridade. Inviável, ainda, a conversão do agravo de instrumento em agravo retido, pena de se tornar ineficaz o disposto no referido dispositivo. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Agravo Nº 70054478888, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 15/05/2013).
43. O que já foi autorizado excepcionalmente, mesmo com base no Código Buzaid, diga-se de passagem: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DESPESAS. SUB-ROGAÇÃO. CONTRATO DE SEGURO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA PROFERIDA EM AUDIÊNCIA. AGRAVO RETIDO INTERPOSTO NA ORAL E COMPLETADO NA FORMA ESCRITA NO PRAZO DE DEZ DIAS. CASO CONCRETO EM QUE O PRÓPRIO JUIZ DA CAUSA AUTORIZOU À PARTE CONTRÁRIA OFERECER SUAS RAZÕES NA FORMA ESCRITA. No devido processo legal brasileiro o Juiz deve assegurar igualdade de tratamento entre as partes (ou paridade de armas). Assim, se a uma parte foi facultada a realização de um ato do processo de forma diferente do estabelecido em lei, de forma mais ampla, sem prejuízo da defesa; logo, a outra parte semelhante condição deve ser oferecida. Agravo Provido. (Agravo de Instrumento Nº 70048415889, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 03/06/2013).

instrução. Isso sem contar que passa então a ser temerário o juízo originário encerrar a instrução e proferir imediatamente a sentença, já que a parte que se sentiu lesada poderá, em tese, recorrer de Agravo de Instrumento em razão de algum indeferimento de prova, o que pode macular todos os atos posteriores, no caso, o julgamento definitivo da demanda.

Por fim, fazendo um elo com o ponto anterior de entendimento dos prazos na instrução como dilatórios: se for indeferido determinado meio de prova, como a juntada do laudo do assistente técnico, porque apresentado fora do prazo fixado no Código Processual (sendo até determinado pelo juízo originário o seu desentranhamento dos autos)? Entendemos, da mesma forma como nos cenários supra, que cabe à parte imediatamente encaminhar o seu recurso de Agravo de Instrumento, sustentando, nesse caso, a defensável tese de que os prazos processuais na instrução não são peremptórios, embora haja previsão legal a respeito – exigindo interpretação cuidadosa do estudado art. 139, VI do Projeto.

De todas as formas, a *disposição contida no art. 1028, XIII do Projeto é um avanço*, e deve incentivar o julgador de primeiro grau a justamente indeferir meios de prova em situações absolutamente excepcionais, inclusive acatando a tese ainda hoje incipiente de que os prazos instrutórios são de natureza dilatória, sob pena de reforma das decisões e tumulto procedimental daí decorrente, como nas hipóteses acima ventiladas, em que se demonstrou ser possível mesmo a decretação de nulidade da sentença em razão do não acatamento de uma prova.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

**XIV.** Encerramos essa apresentação ratificando o sensível avanço que o Relatório Barradas, e agora o Relatório Paulo Teixeira, apresentaram para a concretização de um novo CPC. Como obra humana, evidente que ainda pode ser melhorado, sendo inclusive por isso sugerido a melhora na redação do art. 139, VI e mesmo a exclusão do parágrafo único do mesmo dispositivo.

Em relação ao tema probatório concluímos que as alterações incrementadas são, em linhas gerais, realmente positivas; especialmente as disposições analisadas, em conjunto, que confirmam ser a prova algo prioritário, devendo ser eventualmente prorrogados os prazos para que tenhamos um aprofundamento da instrução (art. 139, VI do Projeto), e ainda ser suscetível de imediato recurso de Agravo de Instrumento ao Tribunal *ad quem* qualquer pedido da parte de produção de provas que tenha sido indeferido pelo juízo *a quo* (art. 1028, XIII do Projeto).

Não obstante a aludida melhora que vem sendo implementada no Projeto, na Câmara Federal, temos que nesse contexto estritamente processual, sendo o CPC-73 uma obra sempre memorável<sup>44</sup>, não imaginamos que a alteração da norma central do

44. BUZAID, Alfredo. **Linhas fundamentais do sistema do código de processo civil brasileiro** in Estudos e pareceres de direito processual civil. Notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: RT, 2002. p. 31/48.

eixo do processo civil brasileiro terá o condão de sanar significativamente problemas de cunho cultural e social.

No que toca ao cenário probatório, construímos ao longo do presente ensaio quão importante será a participação dos Tribunais no exame dos recursos contra indeferimento de provas, devendo existir firme consciência especialmente por parte dos Desembargadores de que a preocupação com a realização da prova vêm aumentando por parte de todos os agentes envolvidos, devendo ser feito realmente controle mais firme das decisões originárias que negam o direito à prova.

**XV.** Diante do cenário processo-constitucional em que se visualiza o direito fundamental da parte de provar, entendemos que as *medidas incrementadas no Relatório Paulo Teixeira devem ser valorizadas*, auxiliando inclusive para que se desenvolva uma cultura no meio jurídico pátrio e na magistratura brasileira de que a prova é importante para todos os participantes na relação jurídica processual (a prova não é destinada exclusivamente ao juiz!), sendo que o seu indeferimento deve ser medida absolutamente excepcional – até para que não se crie problemas procedimentais sérios na hipótese de indeferimento de meio de prova que venha a ser reformado pelo Tribunal.

Sigamos, pois, acompanhando e estudando os movimentos de reforma processual – na forma como o presente estudo se propõe, dentro de obra coletiva de grande fôlego –, sempre com a convicção de que de nada adianta mudar as leis (processuais) se não há modificação/sensibilidade do homem (jurista) que as aplica. Mais: persistimos convictos de que o novo código, caso aprovado, deve necessariamente vir acompanhado especialmente de investimentos em cartórios judiciais, com autorização para o aumento do número de julgadores e de servidores do Poder Judiciário, para que se possa realmente bem atender à população que clama pela realização de justiça e nova postura político-social do Judiciário pátrio<sup>45</sup> – questão complexa essa, que evidentemente não será resolvida simplesmente com a projetada mudança legislativa.

## 7. PESQUISA DOUTRINÁRIA

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

———. *Problemas atuais da livre apreciação da prova* disponível em: <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrinal/oliveir3.htm>; Acesso em: 13 jun. 2013.

BALBI, Celso Edoardo. *La decadenza nel processo di cognizione*. Milão: Giuffrè, 1983.

BARBOSA MOREIRA, J. C. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, 24ª ed.

———. “Sobre prazos peremptórios e dilatórios” in *Temas de direito processual*, Segunda série. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARROSO, Luis Roberto. “A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo” in *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros* n° 94 (2000): 79/97.

45. PISKE, Oriana. **Nova postura político-social do Poder Judiciário** in *Revista Bonijuris* n° 590 (2013): 30/37.

- BUZAID, Alfredo. “Linhas fundamentais do sistema do código de processo civil brasileiro” in *Estudos e pareceres de direito processual civil*. Notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: RT, 2002. p. 31/48.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. “Flexibilização procedimental” in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Vol. VI, p. 135/164.
- CALMON DE PASSOS, J. J. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. “Primeiras observações ao projeto de novo código de processo civil – PL 166/2010 – Senado” in *Revista Magister de direito civil e processo civil* n° 37 (2010): 56/85.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. “Preclusioni istruttorie e diritto alla prova” in *Rivista di Diritto Processuale* n° 53 (1998): 968/995.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. “Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC: análise e proposta” in *Revista Magister de direito civil e processo civil* n° 38 (2010): 05/33.
- . “Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no Projeto do CPC” in *Revista Jurídica Lex* 51 (2011): 11/24.
- DELLORE, Luiz. “Da ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil” in *Revista de Informação Legislativa* 190 (2011): 35/43.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno – vol. II*. São Paulo: Malheiros, 2000, 5ª Ed.
- FURTADO COELHO, Marcus Vinícius. “O anteprojeto de código de processo civil: a busca por celeridade e segurança” in *Revista de Processo* n° 185 (2010): 146/50.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. “Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC” in *Revista de Informação Legislativa* 190 (2011): 163/177.
- GUEDES, Jefferson Carús; DALL’ALBA, Felipe Camillo; NASSIF AZEM, Guilherme Beux; BATISTA, Liliane Maria Busato (organizadores). *Novo código de processo civil. Comparativo entre o projeto do novo CPC e o CPC de 1973*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- KEMMERICH, Clóvis Juarez. *O processo administrativo na Previdência Social*. São Paulo: Atlas, 2012.
- KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MARELLI, Fabio. *La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*. Padova: CEDAM, 1996.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2011. 2ª ed.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2011, 3ª ed.
- NALINI, José Renato. “Hora de desequilibrar – judiciário será descartado se não funcionar” extraído do site Conjur, link <http://conjur.estadao.com.br/static/text/53997,1>. Acesso em 02/02/2009.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004.
- NUNES, Dierle. “Preclusão como fator de estruturação do procedimento” in *Estudos continuados de teoria do processo – vol. IV*. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- NUNES, Dierle; JAYME, Fernando Gonzaga. “Novo CPC potencializará os déficit operacionais” extraído do site Conjur, Acesso em 23/04/2012.

- OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. “Preclusão elástica no Novo CPC”. Senado Federal. *Revistas de Informação legislativa*. Ano 48. nº 190. Abr/jun 2011. Brasília: Senado Federal, 2001. Tomo 2. p. 307-318.
- PAULA ATAÍDE JR., Vicente de. “O novo CPC: Escrito com tinta escura e indelével” in *Revista Magister de direito civil e processo civil* nº 37 (2010): 102/106.
- PISKE, Oriana. “Nova postura político-social do Poder Judiciário” in *Revista Bonijuris* nº 590 (2013): 30/37.
- POLI, Roberto. “Sulla sanabilità della inosservanza di forme prescrive a pena di preclusione e decadenza”. *Rivista de diritto processuale*, Padova, Cedam, nº 2, p. 447-470, abr./jun. 1996.
- PRUDENTE, Antônio Souza. “Poder judiciário e segurança jurídica” in *Revista de informação legislativa* nº 115 (1992): 571/580.
- QUADROS, Renata Mesquita Ribeiro. “Da rejeição liminar da demanda baseada na decadência ou na prescrição – art. 317, III do Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010” in *Coleção Jornada de Estudos ESMAF*, Distrito Federal, volume nº 8 (2011): 207/209.
- REICHELT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- . *Fragments de processo civil moderno, de acordo com o Novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- . “As importantes alterações firmadas em relação à atuação da preclusão no projeto do novo CPC” in *Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o Projeto do Novo CPC*. Organizadores: Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luiz Henrique Volpe Camargo e Pedro Miranda de Oliveira. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 411/432.
- . “Proteção jurídica frente ao acidente de trabalho: medidas preventivas e repressivas” in *Teatro de Sombras: Relatório da violência no trabalho e apropriação da saúde dos bancários*. Organização Jacéia Aguilar Netz e Paulo Barros Oliveira. Porto Alegre: SindBancários, 2011, p. 121/131.
- . “Provas atípicas” in *Lex de Direito Brasileiro* nº 48 (2010), p. 44 e ss.
- . “Teoria geral da prova: do conceito de prova aos modelos de constatação da verdade” in *Revista Dialética de Direito Processual* nº 118 (jan/2013), p. 20/39.
- THEODORO JR., Humberto. “A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica” in *Revista Magister de direito civil e processual civil* (11):5/32.



# A SÍNDROME DA PRESSA E O DIREITO AO PROCESSO EM TEMPO DEVIDO NO PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

FLAVIANE DE MAGALHÃES BARROS<sup>1</sup> E  
MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA<sup>2</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende contribuir para uma reflexão sobre a relação entre tempo e processo, em especial de sua ambivalência dada pela *síndrome da pressa* (MARRAMAIO, 2008, p.89-107), tão comum na atualidade. Essa reflexão parte de estudos filosóficos sobre o tempo e propõe, ainda que em linhas gerais e em caráter programático, uma possível relação desses estudos com a ciência do direito, com a história do direito e com a ciência processual. Em especial, os estudos empreendidos por Giacomo Marramaio (2005a, 2005b; 2005c; 2008) e sua reflexão sobre tempo kairológico, o *tempo devido* (MARRAMAIO, 2005a, p.97-106).

O enfrentamento das questões relacionadas à chamada *crise do Poder Judiciário brasileiro*, que se encontrava no cerne do discurso das reformas processuais parciais, realizadas na última década do século passado e na primeira década neste novo século, vem pautando-se por exigências de eficiência e de celeridade. Tais *bandeiras* têm sido usadas nas reformas processuais parciais como justificativa para a redução das garantias processuais, em especial, do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação da decisão.

No presente artigo analisam-se as disposições do PL 8.046, o Projeto do Novo Código de Processo Civil, a respeito da duração razoável do processo, pretendendo indagar sobre se tais propostas de mudança ainda se pautam exclusivamente em um discurso de rapidez e eficiência, sem levar em conta os riscos que de a *síndrome da pressa* desnatura o tempo devido do processo. Ou ainda se é possível uma interpretação adequada à Constituição que não desconheça a necessária articulação entre os princípios do processo, vistos como garantia constitucionalizada.

- 
1. Doutora e Mestre em Direito Processual (PUC Minas). Pós-Doutora (CAPES) junto à *Università degli studi di Roma TRE*. Professora adjunta da PUC Minas. Professora Adjunta da UFOP. Pesquisadora de Produtividade CNPq. Advogada.
  2. Doutor e Mestre em Direito Constitucional (UFMG). Realizou Estágio Pós-doutoral CAPES em Teoria do Direito junto à *Università degli studi di Roma TRE*. Professor Associado III da Faculdade de Direito da UFMG. Pesquisador de Produtividade do CNPq (1D).

A temática será desenvolvida tendo como base teórica uma compreensão do processo no Estado Democrático de Direito, reconhecido no projeto constitucional e adequada à atual sociedade plural, intercultural e multifacetada. Assim, busca-se construir as bases de uma dogmática crítica para o direito processual, que reconheça que o processo é uma garantia de direitos fundamentais.

A linha de pesquisa em que se insere o presente trabalho avançou a partir de um traço distintivo da visão instrumentalista do processo, capitaneada em Minas Gerais pela obra de Aroldo Plínio Gonçalves (1992), que tem suas bases na crítica de Elio Fazzalari (1992) à teoria da relação jurídica processual. Nesse sentido, reconhece-se a possibilidade de uma teoria do processo que pode englobar os processos legislativo, administrativo, jurisdicional, arbitral, entre outros, pois se sustenta a partir da compreensão de que o procedimento é gênero e tem no processo a espécie que se qualifica pelo contraditório. Sendo que, a partir da consolidação do projeto constitucional brasileiro de 1988, buscou-se reconhecer não só o contraditório como base para o processo, mas sim a existência de uma base principiológica sustentada constitucionalmente, apropriando-se assim da terminologia inicialmente proposta por Andolina e Vignera (1997) de *modelo constitucional de processo*.

Por essa razão, o primeiro item do presente trabalho visa esclarecer a noção de processo como garantia e sua relação com o modelo constitucional de processo para depois identificar no Projeto de Novo Código de Processo Civil as demarcações sobre o tempo e a questão incisiva da duração razoável.

Assim, na segunda parte do trabalho busca-se discutir o direito ao processo no tempo devido, seja a partir de seu marco constitucional, seja a partir da construção jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com a consolidação da chamada teoria do não prazo. Sendo que, ao final, pretende-se demonstrar que o problema do processo que se prolonga para além de um prazo razoável, além de estar justificado por questões típicas de gestão de processos, é também uma consequência do desrespeito aos princípios do modelo constitucional de processo. A grave violação de direitos humanos consubstanciada no não reconhecimento e garantia de efetivação de direitos fundamentais pelo processo civil em um prazo desarrazoado é consequência reflexa do desrespeito a outras garantias processuais definidas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em especial, pelo desrespeito ao contraditório e à ampla defesa como ampla argumentação, a ausência de fundamentação ou a quebra da imparcialidade.

Nesse sentido, pretende-se mostrar que a celeridade como parâmetro para a duração razoável não garante os direitos fundamentais e que as chamadas tutelas de urgência devem buscar refletir esse importante papel para garantia de direitos fundamentais.

## **2. SOBRE O PROCESSO COMO GARANTIA E O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO**

Assim, é preciso reconstruir, em poucas linhas, as teorias do processo, para demonstrar como o processo possui um importante papel de garantia dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

Ao revisitar a teoria do processo é possível, a partir da noção de processo como garantia, defender a proposta de uma teoria geral do processo, compreendida por meio da definição de um modelo constitucional de processo, isto é, da possibilidade de se definir uma base principiológica uníssona para compreensão do processo, seja ele jurisdicional, administrativo, legislativo, arbitral, ou, em outras palavras, para o processo constitucional.

A proposta teórica de reconstrução dos paradigmas jurídicos realizada por Habermas (1998, p. 263-264; p. 469-532) auxilia a compreensão do processo, na medida em que cada paradigma apresenta uma perspectiva distinta para o instituto (CATTONI DE OLIVEIRA, 2012, p. 271).

No paradigma liberal, o processo tem uma feição de benefício entre as partes (*sache der partein*), como um instrumento privado, e sua base é a igualdade formal e o princípio dispositivo. (NUNES, 2008; CATTONI DE OLIVEIRA, 2012, p. 75; p.271)

Já no paradigma do Estado Social, a compreensão de processo passa por uma maior sofisticação teórica. No Brasil, os instrumentalistas, em especial, Cândido Rangel Dinamarco (1998), pretendem difundir, no marco do Estado Social, uma teoria do processo que tem como objetivo garantir a “pacificação social”, realizável por intermédio do cumprimento de escopos metajurídicos do processo, que auxiliam o juiz a efetivar e balizar a justiça social, por meio do instrumento processual jurisdicional (DINAMARCO, 1998, p. 159-167).

A linha teórica da instrumentalidade, que pretende que o juiz em sua decisão proceda à correção prática dos erros perpetrados por outras esferas estatais, a fim de garantir justiça social, é de fácil adaptação à teoria da relação jurídica processual.

E é desde Bülow (1868) que se compreende o processo como uma relação jurídica entre o juiz e as partes, entendida esta como o vínculo subjetivo que faz com que aquele que tem direitos (sujeito ativo) possa exigir daquele que tem dever (sujeito passivo) o cumprimento de uma determinada conduta.

Como ressalta Nunes (2008), o próprio Bülow, já em 1885, sustentava a aplicação livre e, de certa forma, subjetiva do direito pelos juízes (BULOW, 1995)

Logo, a relação jurídica de direito processual coloca o juiz como “super-parte”, de atuação preponderante no processo jurisdicional. Tanto é fato que fez surgir duas posições subjetivas, recorrentemente, apresentadas nos manuais de processo de matiz instrumentalista, a posição de poder-dever do juiz e a de sujeição das partes.

A primeira questão colocada por Gonçalves (1992), na crítica ao instrumentalismo, foi justamente a impossibilidade de se agregar uma ideia de contraditório, como posição de simétrica paridade entre as partes que serão afetadas pelos provimentos jurisdicionais, com a base teórica da relação jurídica, que nitidamente estabelece o vínculo entre os sujeitos do processo como uma posição hierarquizada de um sujeito que tem poder e outro que deve sujeição.

Assim, a adoção e o desdobramento feitos por Gonçalves da obra fazzalariana permitiu a revisão da teoria da relação jurídica processual. Fazzalari (1992), a partir de apropriações de teorias dos direitos público e processual<sup>3</sup>, revisitou o conceito de processo e procedimento, para estabelecer, por meio de um critério lógico de inclusão, que o processo é uma espécie de procedimento, que se especifica em virtude da posição dos afetados em relação à construção do provimento final, que, assim, se realizaria em contraditório, isto é, com a garantia de participação em simétrica paridade dos afetados na construção do provimento.

Desse modo, tomando como marco uma compreensão constitucionalmente adequada ao Estado Democrático de Direito, é possível estabelecer uma crítica à teoria do processo como relação jurídica, justamente em razão do lugar do juiz como “super-parte”; e ao instrumentalismo, em virtude do solipsismo do juiz e dos escopos meta-jurídicos do processo jurisdicional.

Ao mesmo tempo, pode-se pretender a adoção da teoria do processo como procedimento em contraditório, como adequada ao paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito (CATTONI DE OLIVEIRA, 2013, p. 215-256), principalmente em razão da compreensão do processo para além da jurisdição, já que o processo deve ser entendido como garantia de direitos fundamentais. Ademais, a noção de contraditório pretendida pela referida teoria do processo consolida a proposta de garantia de participação em simétrica paridade dos afetados pelo provimento, no sentido de uma garantia de construção participada da decisão, que estarão compreendidos no processo tanto como autores, quanto como destinatários da norma jurídica. (GONÇALVES, 1992).

O processo para além da jurisdição faz com que a noção de teoria geral do processo sustentada nos institutos da jurisdição, ação e processo (DINAMARCO, 1998) se mostre inadequada, principalmente ao se tomar como base a noção do processo como garantia de direitos fundamentais. Assim, para consolidar a noção de processo como garantia, adotam-se os conceitos de processo e procedimento de Fazzalari, bem como de uma releitura da teoria geral do processo a partir da apropriação do modelo constitucional de processo.

A noção de processo como garantia tem sua base na Constituição, sendo codepende dos direitos fundamentais. Assim, o que sustenta a noção de processo como garantia são os princípios constitucionais do processo definidos no texto constitucional.

Dessa maneira, pode-se apropriar da noção de modelo constitucional de processo, que teve uma proposição inicial feita para o processo civil italiano por Andolina e Vignera (1997), mas aqui apropriada para um modelo de processo, visando à construção de outra noção de teoria geral do processo, constituída justamente por uma base constitucional fundada nos princípios do processo.

---

3. Fortemente influenciado por teorias do direito público, por administrativista e também por processualista como Goldschmidt (1936).

A noção de modelo constitucional de processo permite suprimir a dicotomia entre direito processual constitucional e direito constitucional do processo, visto que tal modelo é constituído de uma base principiológica uníssona aplicável a todo e qualquer processo, já que todo processo é constitucional, seja em razão de seus fundamentos ou de sua estrutura (CATTONI DE OLIVEIRA, 2013, p. 237), pois é garantia constitutiva dos direitos fundamentais dos sujeitos de direitos. (BARROS, 2006)

Retomando a compreensão de Andolina e Vignera, o modelo constitucional de processo é “um esquema geral de processo” (1997, p. 9) que possui três importantes características: a expansividade, que garante a idoneidade para que a norma processual possa ser expandida para microssistemas, desde que mantenha sua conformidade com o esquema geral de processo; a variabilidade, como a possibilidade de a norma processual especializar-se e assumir forma diversa em função de característica específica de um determinado microssistema, desde que em conformidade com a base constitucional; e, por fim, a perfectibilidade, como a capacidade de o modelo constitucional aperfeiçoar-se e definir novos institutos por meio do processo legislativo, mas sempre de acordo com o esquema geral (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 9-10).

Logo, da noção de um modelo constitucional de processo que se funda em um esquema geral ou em uma base principiológica uníssona, abarca-se como pontos iniciais de referência para compreensão das garantias do processo o princípio do contraditório, o da ampla argumentação, o da fundamentação das decisões e o da participação de um terceiro imparcial (BARROS, 2006; 2009).

Como ressalta Andolina e Vignera (1997), a compreensão do modelo constitucional de processo, “de um modelo único e de tipologia plúrima” (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 11), se adéqua à noção de que na Constituição se encontra a base uníssona de princípios que define o processo como garantia, mas que, para além de um modelo único, ele se expande, aperfeiçoa e especializa, exigindo do intérprete compreendê-lo tanto a partir dos princípios bases como, também, de acordo com as características próprias daquele processo.

Não se trata, apenas, da diferença entre procedimentos, no sentido de uma sucessão de atos e fases processuais, como especificado acima por Andolina e Vignera (1997, p. 11). Mais do que isso, é preciso perceber que, por mais que todo processo tenha como base os princípios constitucionais – do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação das decisões e da existência de terceiro imparcial –, há diferenças entre os processos, seja em razão do provimento pretendido ou dos direitos fundamentais a serem garantidos.

Uma interpretação constitucionalmente adequada passa pela noção de que o modelo constitucional do processo é uma base principiológica uníssona, na qual os princípios que o integram são visto de maneira codependente. Ou seja, ao desrespeitar um dos princípios se afeta também, de forma reflexa, os outros princípios fundantes. Contudo, todos os princípios têm o seu conteúdo específico e diferenciador.

Iniciar com o esclarecimento sobre contraditório é mais fácil em razão da apropriação que já foi feita na exposição da teoria do processo como procedimento em contraditório de Fazzalari (1992), com o apoio da releitura feita por Gonçalves (1992).

A noção de contraditório proposta por Fazzalari sustenta-o como posição de simétrica paridade entre os afetados pelo provimento final ou, em outras palavras, é a construção participada da decisão.

Para a compreensão de contraditório exposta, não se admite compreendê-lo de forma limitada como ação e reação das partes, como mera necessidade de se dizer ou contradizer o direito em razão do conflito. Assim, tomando como base a noção de processo como garantia, o contraditório deve ter seu conceito ampliado, de modo a ser compreendido como o espaço procedimentalizado para garantia da participação dos afetados na construção do provimento. Assim, o contraditório tem como característica o princípio da influência, no sentido de que as partes têm direito de influir argumentativamente nas decisões do processo, ou seja, influir no desenvolvimento e no resultado do processo (NUNES, 2007). A influência gera a garantia de não-surpresa, ou seja, de não ser afetado por uma decisão sem participar da sua construção. Nesse sentido, a não-surpresa somente pode ser retirada em casos excepcionais, mas o contraditório não é suprimido e sim postergado.

Desta feita, é fácil compreender a codependência do contraditório com a exigência de fundamentação das decisões e suas implicações para a proposta de compreensão de uma teoria geral do processo, vista a partir de um modelo constitucional de processo. Pois, ao se exigir que a construção da decisão respeite o contraditório e a fundamentação, não mais se permite que o provimento seja um ato isolado de inteligência do terceiro imparcial, o juiz na perspectiva do processo jurisdicional.

A relação entre esses princípios é vista, ao contrário, em sentido de se garantir argumentativamente a aplicação das normas jurídicas para que a decisão seja produto de um esforço reconstrutivo do caso concreto pelas partes afetadas. Desse modo, a fundamentação da decisão é indissociável do contraditório, visto que a participação dos afetados na construção do provimento, base da compreensão do contraditório, só será plenamente garantida se a referida decisão apresentar em sua fundamentação a argumentação dos respectivos afetados, que podem, justamente pela fundamentação, fiscalizar o respeito ao contraditório e garantir a aceitabilidade racional da decisão.

A codependência entre fundamentação das decisões e contraditório se conjuga, também, com a necessidade de se garantir a ampla argumentação, vista aqui como uma proposta de releitura do princípio da ampla defesa. Para tanto, deve-se evitar as limitações fundadas nas heranças pandectistas da *actio*, que veem a ação como mero direito de formular uma demanda e têm como titular apenas o autor. Se a ação é do autor, a defesa é do réu ou acusado, como em um paralelismo entre ação e defesa, próprio do instrumentalismo.

A ampla argumentação como garantia das partes, e não como um direito subjetivo de “uma” parte, compreende a necessidade de se garantir o tempo do processo para que o esforço reconstrutivo dos argumentos do discurso dialético das partes possa ser apropriado, de modo que todas as possibilidades de argumentação sejam perquiridas. Como salienta Günther, na defesa de uma teoria da argumentação jurídica, deve-se pretender a reconstrução da situação por meio da sua descrição de forma completa para

que se garanta a argumentação e aplicação das diversas normas *prima facie* aplicáveis. (GÜNTHER, 1995, p. 301)

Na perspectiva do processo jurisdicional, da ampla argumentação decorre o direito à prova, à assistência de um advogado, à necessidade de se garantir que as partes possam ter o tempo processual para reconstruir o caso concreto e discutir quais normas jurídicas *prima facie* aplicáveis são mais adequadas ao caso concreto.

Pela interpretação que se pretende dar ao modelo constitucional de processo, fica fácil aqui redefinir a própria compreensão do papel do terceiro imparcial. Esta não se discute em termos de neutralidade ou mesmo das implicações de suas escolhas pessoais de vida na formação do seu convencimento ou na dicção do direito, pois, pela perspectiva proposta, o terceiro não é o único e valoroso intérprete do direito. No caso, a imparcialidade se garante pela exigência do esforço argumentativo das partes, que será a base para se construir a decisão presente na fundamentação. Por isso que quando uma decisão judicial permite uma abertura para a discricionariedade e para o subjetivismo do juiz se afeta não só o contraditório, a fundamentação da decisão, mas a imparcialidade do juiz.

E justamente em razão dessa base principiológica que se pode verificar que o tempo é inerente ao processo e o direito ao processo no tempo devido deflui, não da eficiência do processo, mas dos princípios processuais que visam a garantia dos direitos fundamentais.

### 3. O TEMPO DO PROCESSO E O TEMPO NO PROCESSO

Certo é que o processo exige tempo. Em verdade, pretende-se esclarecer duas vertentes do tempo processual: o tempo **do** processo, em que pretende analisar como o tempo se insere na construção teórica-principiológica sobre o processo e o tempo **no** processo, como o tempo naturalizado que se despende para solução de um caso específico de processo.

O processo tem uma perspectiva temporal inserida em sua própria estrutura procedimental, pois se trata de um conjunto de atos e posições subjetivas dirigidas a um provimento final, segundo Fazzalari (1992). Logo, não se pode desconhecer que processo exige o seu tempo. Tempo esse que seria demonstrado em uma cronologia de atos processuais, atos que se encadeiam em um vínculo de consequencialidade, em que o antecedente é pressuposto lógico e necessário do consequente (GONÇALVES, 1992). Pode-se aqui identificar essa como uma primeira característica do tempo **do** processo, em seu caráter cronológico.

Mais ainda, o tempo do processo deve se enquadrar no tempo do contraditório, da argumentação e da decisão. Logo, além da sequência de atos na estrutura procedimental que segue um critério cronológico, não se pode olvidar da necessidade de reconhecimento do tempo kairológico do processo, entendido como o tempo devido (MARRAMAIO, 2005a, p. 97-106).

É preciso rever o conceito de tempo meramente cronológico e para tanto se exige retomar em especial o paradoxo da dupla implicação que o tempo possui, que se verifica desde os gregos pela diferença entre *Chronos* e *Aión*, e que retorna na modernidade através de um golpe de cena do tempo kairológico, entendido como o tempo devido (MARRAMAIO, 2005a).

Nesse sentido, o tempo do processo deve se ater às exigências de tempo para garantir a participação das partes, do tempo para a produção da prova e do tempo da argumentação das partes. A tentativa de redução de complexidade do processo por meio de um discurso de efetividade neoliberal (MARTINS, 2010, p.70) desconhece justamente que ao se concentrar todo um processo em um ato único e complexo como a audiência de instrução e julgamento, se está reduzindo ou mesmo retirando o tempo devido da argumentação (BARROS, 2009). Passa-se a exigir das partes e do juiz uma rapidez e fluidez dos atos que segue a flecha do tempo em um sentido único, desconsiderando a relatividade do tempo de reflexão, necessário para que se volte ao passado que se discute e se reconstrói no processo.

Não são apenas as partes que são contaminadas pelo discurso de eficiência, celeridade, de uma sequencia temporal que não leva em conta o tempo devido, mas também a decisão precisa se pautar por um tempo kairológico. Logo, não se pode pensar na decisão sem reconhecer que ela precisa de tempo, pois aqui se discute os direitos fundamentais, a partir de uma estrutura dialógica que se constrói em contraditório, com o debate das partes, e que se expressa na decisão, pela construção participada de terceiro imparcial. Essa então seria uma segunda característica do tempo **do** processo, em seu aspecto kairológico.

Mas estudar o tempo não é algo fácil, simples, seja para os físicos, para os filósofos ou para os juristas. Em especial, é importante perceber, a partir da análise de Resta (2008), que o processo jurisdicional e a decisão se voltam a dois tempos diferentes: o da legislação e o da jurisprudência. Ou seja, o caso concreto que se discute e se reconstrói no processo, se submete a duas temporalidades que são paradoxais. A primeira que é o tempo da legislação, que se pretende estático, pois pensado como o tempo monologante, que se voltar para o futuro para estabelecer novas previsões de comportamento social, em um futuro pode ser visto como passado. Ou nas palavras de Eligio Resta: “O direito regula o tempo sendo por ele regulado” (RESTA, 2008, p.178). Logo, no processo legislativo pode-se estar olhando para o passado para regular uma questão de experiência ou se voltar para o futuro para tentar regular uma questão de expectativa. Mas certo que o que é futuro para uma geração, e portanto, expectativas, será passado para outra, ou seja, experiência, como propõe Resta (2008, p. 190), ao interpretar Koselleck. Paradoxalmente, o tempo do legislador se conjuga e contamina com o tempo da jurisprudência. Jurisprudência que se pretende atual, mas não vive exclusivamente do presente, se volta para o passado e para o tempo do legislador, olvidando-se de seu caráter hermenêutico de revisitação do direito a partir de uma comunidade de princípios .

A característica não monologante do tempo e suas várias facetas esta posta também na sentença, que desliza entre um *ex nunc* e um *ex tunc*, nas palavras de Resta (2008, p

196). A sentença tenta se equilibrar entre estabelece uma consequência para o futuro, mas em razão de uma situação presente que se volta ao passado, entre expectativa e experiência. Esta sempre gravitando na temporalidade entre passado, presente e futuro.

Compreender a incomensurabilidade do tempo (MARRAMAO, 2005a) e as diversas facetas que o tempo do processo possui é necessário para verificar o tempo no processo. Pois o direito ao processo em prazo razoável, ou o tempo no processo, não pode ser analisado isoladamente, é preciso da perspectiva do tempo do processo, seja o cronológico ou kairológico ou mesmo a compreensão do seu caráter paradoxal.

Os parâmetros cronológicos que possuem métricas estáticas para definição do tempo cronológico que definem um numero de dias para a conclusão do processo não deveria ser o critério único para definição da duração razoável do processo. A “teoria do não prazo”, endossada pela Corte Europeia de Direito Humanos e pela Corte Americana de Direitos Humanos a respeito do direito ao processo no prazo razoável não labora no critério cronológico. Pela “teoria do não prazo” perquire-se o tempo kairológico no processo (tempo devido), a partir da definição de critérios abertos para aferir da duração do processo, tenta-se de alguma forma reconhecer as especificidades do caso e do tempo devido ao referido processo. Esclarece Bretas de Carvalho Dias (2010, p.162,165) três situações de comprometimento da razoável duração do processo: complexidade das questões discutidas no processo, atuação das partes e atuação dos órgãos jurisdicionais.

Atualmente, na Corte Interamericana de Direitos Humanos os três critérios se ampliaram para os seguintes: complexidade do caso, comportamento das partes, comportamento das autoridade que diligenciam para tutelar os direitos em jogo no processo e consequências geradas pela situação jurídica frente á pessoa afetada (CIDH, Caso Furlan y Familiares *vs.* Argentina – sentencia de 31 de agosto de 2012)

Crê-se que para se aferir o tempo no processo não se pode estabelecer um critério exclusivamente cronológico, pela contagem dos dias por meio de um prazo, mas também não se pode deixar fixar o parâmetro do prazo razoável a partir exclusivamente da construção da “teoria do não prazo” para se definir o tempo devido no processo. Em especial, quando se analisa o tempo necessário para garantia de direitos fundamentais como liberdade, saúde, educação, é ainda mais perverso. Nesse caso, discute-se o tempo de duração do processo, de forma reflexa, pois o que esta em jogo diretamente é a urgência em garantir os direitos fundamentais em riscos.

#### **4. A DURAÇÃO DO PROCESSO, A URGÊNCIA E A REFORMA O PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

O texto da proposta de novo Código de Processo Civil estabelece em dois artigos próximos no capitulo primeiro denominado “Normas fundamentais do processo civil” a garantia da duração razoável do processo. No art. 4º dispõe que “As partes tem direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. Um pouco depois, no art. 8º dispõe que “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha em tempo razoável decisão de mérito justa e efetiva”.

Certamente, a existência de duas disposições tão próximas e em um capítulo inicial, tão importante do código, parece reforçar a preocupação com a garantia da duração razoável. Pode-se até questionar se não seria excesso duas disposições no mesmo sentido. Elas se distinguem em um ponto: a quem se dirige. A primeira do art. 4º, estabelece uma garantia para as partes no sentido de reconhecer o direito a uma decisão integral em razão razoável. Já a segunda, estabelece um dever processual aos sujeitos do processo de cooperar para a conclusão do processo.

Se o art. 8º do Projeto do CPC somente esclarece-se tal dever, pretendo remeter a uma lealdade processual para evitar dilações indevidas no processo já seria em si desnecessária. Isso porque, certamente, o direito das partes a uma decisão em prazo razoável como decorrência da legitimação ao provimento (ou seja, a noção de ação para Fazzalari) já gera diversas situações e posições subjetivas para as partes e para os demais sujeitos do processo que se relacionam à construção da decisão em contraditório. Contudo, este não será um senão a ponto de se rechaçar a opção legislativa por essa dupla determinação do cumprimento de uma garantia decorrente da própria noção de processo, que sempre tende a um fim, que é a decisão.

O ponto que se deve debater com mais profundidade é a vinculação da duração do processo com uma decisão “justa e eficaz”. O que se pode pretender com tal disposição será perquirir “justa” para quem? Reconhece-se o importante papel do processo civil no Brasil, que não apenas soluciona conflitos de natureza patrimonial ou individual, mas sim busca a concretização de direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira, inclusive, em razão do *déficit* democrático do processo legislativo e administrativo. Mas vincular a solução do processo por meio de uma decisão jurisdicional construída em contraditório com a participação das partes não pode ter como objetivo ou fundamento a realização de um critério específico de justiça material, sempre particular. Principalmente, quando se reconhece que o Estado Democrático de Direito é plural, intercultural e pluriético, a noção de justiça, seja ela social ou com outra adjetivação que se pretenda, torna-se, em verdade, risco de injustiça, se for definida a partir de uma única pauta de vida boa para o Estado e o jurisdicionado brasileiro, pois, ao invés de incluir determinados sujeitos de direito, exclui. Justiça social, assim, no Estado Democrático de Direito, deve implicar democracia, redistribuição e reconhecimento (HONNETH, 2012, p. 35-55). O exercício da jurisdição, para que atualize a pretensão democrática subjacente ao Direito, deve a um só tempo construir decisões que sejam coerentes com a história institucional reconstruída à luz dos princípios constitucionais que lhe dão sentido, assim como adequadas aos casos concretos submetidos à sua apreciação a fim de satisfazer as exigências normativas de aceitabilidade racional (HABERMAS, 1998, p. 267-268; CATTONI DE OLIVEIRA; PEDRON *in* CATTONI DE OLIVEIRA, 2013, p. 153-154).

Agora, é preciso ainda se discutir o que se entenderá no CPC por processo em tempo razoável. A duração razoável do processo já esta garantida na Constituição da República, no art. 5º, LXXVIII, bem como no Pacto de San José da Costa Rica, nos seus artigos 7º, 5, e art. 8º, 1. No que concerne à questão da duração do processo,

sempre haverá a possibilidade de se aferir metricamente o tempo do processo como já aventado no item anterior. Ou seja, se buscar o dia do seu início do processo e do seu fim, para se verificar qual o tempo que cronologicamente lhe foi dispensado. Tal disposição esta indiretamente vinculada à previsão dos prazos processuais, pois se poderia dizer que o tempo razoável seria aquele que decorreria do cumprimento dos prazos legais estabelecidos para cada ato processual, como faz o Projeto de CPC.

Assim, excluir-se-ia o tempo morto do processo, reconhecido como o tempo em que no processo não realizam atos processuais algum, em que se estabelece um estado de latência, em razão de questões próprias do acúmulo de processo, da burocratização da prática procedimental, dentre tantos outros problemas de gestão que aqui não nos cabe analisar em razão dos limites científicos do estudo. Atualmente, no Brasil, a Resolução 68 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estabelece um indicativo a mais de existe sim o denominado “tempo morto” e ele não deve ser superior a três meses em processos penais e inquéritos policiais. Na reforma do CPC apesar de ter a preocupação com a duração razoável do processo e a demora processual ter sanção bem definida com a extinção do processo sem resolução de mérito e a litigância de má-fé por dilações indevidas (art. 80, PL 8046), no que se refere a observância dos prazos pelo juiz há apenas a demarcação genérica nos deveres do juiz de observância da duração razoável do processo (art.139, II, PL 8.046), mas não se refere a questão do tempo em que o processo fica latente sem realização de atos processuais.

Mas por outro lado, a métrica do tempo esta inserida em toda a atuação jurisdicional, haja vista que os critérios para ascensão na carreira pelos juízes esta diretamente vinculado a sua produtividade, medida entre outros critérios pelo tempo médio de duração do processo (Resolução 106 do CNJ, publicada em 06/04/2010). Logo, mesmo que a legislação processual civil não se refira a essa produtividade, nem ao tempo morto do processo, esses dois temas mostram como a questão paradoxal do tempo no processo precisa ser melhor esclarecida para se evitarem os riscos da *síndrome da pressa*.

Seria importante o projeto estabelecer um dever ao juiz de impedir paralisações indevidas no processo civil, assim, especificaria a questão do tempo morto do processo.

Nesse sentido, não se definir prazo mínimo ou máximo para conclusão do processo é algo elogiável, pois não cai na armadilha da medida do tempo cronológico, mas não significa que no projeto de CPC estará a *síndrome da pressa* blindada. Essa advertência pode ser corroborada pela importância que se da as medidas de urgência, em especial, com a nova organização das decisões das medidas urgentes satisfativas (art. 315 do PL 8.046).

Retomando a questão já desenvolvida no item anterior, certo é que estabelecer exclusivamente critérios métricos para se aferir a duração do processo reforçam a *síndrome da pressa*, como se verifica quando se da azo tão somente a preocupação com o tempo cronológico do processo, que se constitui em uma dimensão quantitativa do tempo. Logo, será sempre necessário levar em consideração o tempo kairológico, com sua incomensurabilidade, que lhe confere uma dimensão qualitativa.

Nessa perspectiva, parece que a disposição do art.139, VI que permite dilatar os prazos e alterar a ordem de produção de provas adequando o procedimento à especificidade da questão em debate, mostra como o tempo devido do processo precisa ser dinamizado em razão das especificidades de cada processo, desde que garantida a ampla argumentação, o contraditório e a fundamentação da decisão (BARROS, 2009).

Importante então perquirir como se aferirá a duração razoável do processo e a demora processual será reconhecida no projeto de Código de Processo Civil?

Parece que a resposta estaria ainda nos termos da jurisdição convencional da teoria do não prazo, já que ela poderia ser reconhecida como um critério mais voltado a uma busca do tempo devido do processo. Para as cortes de direitos humanos, inicialmente na Corte Europeia de Direitos Humanos e posteriormente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a análise do prazo irrazoável não se faz por um marco métrico específico, como dois anos, cinco anos, etc., mas sim por critérios definidos com *conceitos abertos* que precisam ser concretizados em cada caso concreto.

A aplicação da Convenção Europeia em seus art. 5º, 3 e 6º, 1, ante a ausência, naquela época, nas legislações nacionais europeias, de um prazo máximo definido para o processo, exigiu da Corte uma interpretação do que seria o prazo razoável. Os critérios foram estabelecidos pela primeira vez no caso *Neumeister vs Áustria*<sup>4</sup>, de 1968. Nas decisões mais recentes da Corte, como no caso *McFarlane vs Irlanda*, decidido em 2010, confirmou-se o entendimento, já consolidado desde a década de 1980, que pauta o prazo razoável pelos seguintes critérios: complexidade do caso, comportamento da parte, comportamento das autoridades que diligenciam para tutelar os direitos em jogo no processo<sup>5</sup>.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos em caso mais recente *Furlan vs. Argentina* analisa os mesmos critérios da Corte europeia. Considerando inclusive as recentes decisões da Corte europeia para reconhecer que a demora na execução da decisão também justifica a violação dos direitos humanos. No caso específico analisado o processo de conhecimento em uma ação de indenização por reparação de danos em face do Estado argentino (Ministério da Defesa) o processo de primeira instância e a fase recursal durou quase 10 anos e mais dois anos para a efetivação do direito à indenização.

Mas deve-se levar em consideração que as decisões da jurisdição constitucional brasileira a respeito da duração razoável do processo mesmo usando os critérios da

4. São eles: a duração da prisão cautelar; a duração de prisão cautelar em relação a natureza de delito, a pena fixada e a provável pena a ser aplicada em caso de condenação; os efeitos pessoais que o imputado sofreu, tanto de ordem material como moral ou outros; a influência da conduta do imputado em relação à demora do processo; as dificuldades para a investigação do caso (complexidade dos fatos, quantidade de testemunhas e réus, dificuldades probatórias); a maneira como a investigação foi conduzida; a conduta das autoridades judiciais. (PASTOR, 2009)

5. La Cour rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle le caractère raisonnable de la durée d'une procédure doit s'apprécier suivant les circonstances de la cause et eu égard aux critères suivants : la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et des autorités compétentes ainsi que l'enjeu du litige pour l'intéressé (voir, par exemple, *Sürmeli c. Allemagne* [GC], n° 75529/01, § 128, CEDH 2006-VII).

teoria do não prazo tende ao justificar a demora processual no Brasil. Demonstrando assim um uso inadequado da teoria do não prazo, que construída na jurisdição convencional para impedir violações de direitos humanos pelo tempo indevido do processo, quando absorvida na jurisprudência brasileira é paradoxalmente utilizado para justificar a demora processual.<sup>6</sup>

Logo, os critérios estabelecidos podem sim serem usados de forma inadequada, diversa das decisões das cortes de direitos humanos, não representando assim a propoção de coibir violações de direitos humanos, objetivo precípua das referidas cortes. Logo, isoladamente tais critérios não se prestam para aferição do tempo devido, na perspectiva do tempo kairológico. Pela análise dos casos submetidos à Corte e à Comissão Americana de Direitos Humanos<sup>7</sup>, pode-se aferir que casos em que se decide sobre duração razoável do processo tem em suas bases situações que antes de tudo afetam o contraditório, a ampla defesa, a fundamentação da decisão e a imparcialidade do juiz.

O processo em tempo irrazoável é uma consequência do desrespeito dos princípios constitucionais. O direito ao processo no tempo devido para que se objetive em um tempo devido não pode se pautar pela síndrome da presa que em nome de uma celeridade que desconsidera as garantias processuais e, por outro lado, não deve se prolongar de forma a afetar os direitos fundamentais do acusado da liberdade ou das vítimas da conduta. Portanto, o direito ao processo não pode ficar vinculado estritamente a um prazo cronologicamente metrificado, mas para se definir o tempo devido é preciso que se adequa ao modelo constitucional de processo, pois a questão do tempo no processo é consequência do desrespeito à comunidade de princípios do processo.

## 5. CONCLUSÃO

À guisa de conclusão provisória acerca da discussão do direito ao processo em tempo devido pretende-se demonstrar que sua análise não deve estar atrelada à eficiência e à celeridade nos termos neoliberais, mas sim conjugado e dependente do respeito ao modelo constitucional de processo, como garantia dos direitos fundamentais.

Assim, o Projeto do Código de Processo Civil vem seguindo a mesma trajetória até então traçada no Brasil para o debate da duração razoável do processo. Mas inclui ainda um vínculo ainda mais complexo que é o de que a decisão seja “justa”. Assim, as implicações neoliberais da *síndrome da presa* na questão do tempo se agrega a uma influência social de uma decisão que realize justiça social.

---

6. Em 2012, o STF proferiu até setembro 31 decisões com fundamento em duração razoável do processo. Nelas apenas 7 não se referem a processo penal. Das 31, 8 usam a teoria do não prazo, sendo que em 6 a teoria é usada para não reconhecer a demora processual e 2 para fundamentar a demora processual. Esses dados são parte da pesquisa coordenada por Flaviane M. Barros e Leonardo Augusto Marinho Marques, financiado pelo CNPq/CAPES.

7. Ver: Gimenez vs. Argentina (1996 – Comissão Interamericana de Direitos Humanos); SuarezRosero vs Ecuador (1997 – Corte Interamericana de Direitos Humanos); Maria da Penha Maia Fernandes vs Brasil (2001 – Comissão Interamericana de Direitos Humanos); Hilaire, Constantine y Benjamin y outros vs. Trinidad y Tobago (2002 – Corte Interamericana de Direitos Humanos); Ruth del Rosário Garcés Valladares vs. Ecuador (1998 – Comissão Interamericana de Direitos Humanos).

Ao se optar por uma acepção de duração razoável do processo pelo tempo devido, se lança mão da teoria do não prazo, construída na jurisdição convencional como garantia em face de violação a direitos humanos. Contudo, preocupa-se com o uso inadequado e paradoxal da referida teoria quando ela se distancia de uma interpretação que se preocupa com a garantia do devido processo legal, tendo como base o respeito ao modelo constitucional de processo.

Pois os critérios formados por *conceitos abertos* definidos pelas cortes internacionais de direitos humanos podem ser utilizados argumentativamente em sentido contrário á pretensão de tais cortes que visam punir as violações de direito humanos pelos Estados Membros. Ademais, percebe-se que a demora em tempo irrazoável no processo é uma consequência do desrespeito aos princípios do modelo constitucional do processo. Logo, o tempo devido deve se pautar pelo respeito aos princípios do contraditório, ampla argumentação, fundamentação da decisão e imparcialidade.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano**. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1997.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal**. Belo Horizonte: Del rey, 2009.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. Ensaio de uma teoria geral do processo de bases principiológicas: sua aplicação no processo legislativo, administrativo e jurisdicional *In*: GALUPPO, Marcelo Campos (org.) **O Brasil que queremos: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: PUC Minas Editora, 2006.
- BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe. **Prisões e Medidas cautelares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- BRETAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Teoria da Constituição**. Belo Horizonte: *Initia Via*, 2012.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Processo constitucional**. 2ª ed. Belo Horizonte: *Pergamum*, 2013.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; PEDRON, Flávio Quinaud. O que é uma decisão fundamentada? Reflexões para uma perspectiva democrática do exercício da jurisdição no contexto da reforma processual civil. *In*: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Processo constitucional**. 2ª ed. Belo Horizonte: *Pergamum*, 2013, p. 137-178.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- FAZZALARI, Elio. **Istituzionidi diritto processuale**. Padova: Cedam, 1992.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoria de la argumentación jurídica. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo. **DOXA**, v. 17-18, p 271-302, 1995.
- HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.
- HONNETH, Axel. **The I in We: Studies in the theory of recognition**. Trad. Joseph Ganahl. Malden: Polity, 2012.

- JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Trad. André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2007.
- MARRAMAIO, Giacomo. **Kairós**: Apologia del tempo debito. Roma: Laterza, 2005a.
- MARRAMAIO, Giacomo. **Podere e secularizzazione**: Le categorie Del tempo. Torino: Bollati Boringhieri, 2005b.
- MARRAMAIO, Giacomo. **Minina Temporalia**: Tempo, spazio, esperienza. Roma: Luca Sossela, 2005c.
- MARRAMAIO, Giacomo. **La passine del presente**: Breve lessico della modernità-mondo. Torino: Bollati Boringhieri, 2008.
- NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.
- NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa  
In: DIDIER JR, Fredie. (org.) **Teoria do Processo**: Panorama doutrinário mundial. Salvador: Jus Podium, 2007, v.1, p. 151-174.
- PASTOR, Daniel. **El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2009.
- RESTA, Eligio. **Diritto vivente**. Roma/Bari: Laterza, 2008.



# A ARBITRAGEM NO NOVO CPC – PRIMEIRAS IMPRESSÕES

FRANCISCO JOSÉ CAHALI<sup>1</sup> E  
THIAGO RODOVALHO<sup>2</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o Brasil tem debatido intensamente o Projeto do Novo Código de Processo Civil (PL nº 8.046/2010),<sup>3</sup> o que pode ser, inclusive, observado nas profundas alterações (para o bem e para o mal) do projeto originalmente concebido para a versão atual que ora se estuda, tomando-se por base o Relatório-Geral do Deputado Federal **Paulo Teixeira** (PT-SP), lido em 8 de maio de 2013.<sup>4-5</sup>

1. Mestre e Doutor pela PUC-SP onde leciona na graduação e pós-graduação, em especial na disciplina de arbitragem e mediação. Professor Convidado da USAL – Universidade de Salamanca, para período de investigação como pós-doutorado em Arbitragem. Vice-Presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da OAB-DF. Membro da Comissão de Assuntos Legislativos do CBA. Líder do “Grupo de Pesquisa em Arbitragem” junto à PUC-SP. Advogado e Consultor Jurídico. Membro do Conselho Editorial Nacional da Revista de Arbitragem e Mediação – RT, Coordenada pelo Prof. Arnaldo Wald. Foi Membro do Conselho Consultivo do Departamento de Pesquisas Judiciárias – DPJ, junto ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ no biênio 2009-2011. Expositor em diversos eventos, autor de livros e artigos, destacando-se de suas obras o livro “Curso de Arbitragem” (RT, 3.<sup>a</sup> ed. 2013). Integra a Lista de Árbitros e Especialistas de diversas Instituições Arbitrais, como CAESP, CCMA-FIESP/CIESP, CAM-CCBC, SPARBITRAL-CAE entre outras.
2. Doutorando em Direito Civil – Arbitragem pela PUC/SP. Mestre em Direito Civil pela PUC/SP (2009). Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2001). Advogado em São Paulo. Membro da Lista de Árbitros do Conselho Arbitral do Estado de São Paulo – CAESP, da Câmara de Mediação e Arbitragem das Eurocâmaras – CAE, da Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial – CBMAE e do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CEBRAMAR. Professor-Assistente Convidado de Arbitragem e Mediação na graduação da PUCSP (assistindo Professor-Titular Francisco José Cahali). Coordenador e Professor de Arbitragem na Escola Superior de Advocacia da OAB/SP. Professor de Arbitragem na Escola Superior de Advocacia da OAB/DF. Professor de Direito Civil e Filosofia do Direito do Instituto Superior de Ciências Aplicadas (ISCA) de 2005 a 2008. Palestrante convidado no COGEAE (PUCSP) (Professor-Mestre). Autor de diversas publicações (livros e artigos). Curriculum Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5142974418646979>.
3. Além dos debates publicamente conduzidos, houve participação da comunidade jurídica, seja nas discussões na Comissão, seja nas discussões conduzidas na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. A esse respeito, v., por exemplo, entre outros, Bruno Dantas (org.). *Revista de informação legislativa – Novo Código de Processo Civil*, nº 190, ts. 1 e 2, Brasília: Senado Federal, abril/junho-2011, *passim*; Alexandre Freire *et alii* (orgs.). *Novas tendências do processo civil – estudos sobre o projeto do novo código de processo civil (baseado no relatório apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, em novembro de 2012)*, Salvador: JusPodivm, 2013, *passim*; Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. *O projeto do CPC – críticas e propostas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, *passim*; e Misael Montenegro Filho. *Projeto do novo código de processo civil – confronto entre o CPC atual e o projeto do novo CPC (com comentários às modificações substanciais)*, São Paulo: Atlas, 2011, *passim*.
4. Esse relatório encontra-se disponível no seguinte endereço eletrônico: [www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios).
5. Ao longo desse artigo, sempre quando citarmos “NCPC”, estamos nos referindo justamente à versão constante do Relatório-Geral do Deputado Federal **Paulo Teixeira**. Quando formos referir versões anteriores do projeto,

Os debates, em regra, vêm sendo conduzidos sempre com o objetivo de ter-se um CPC mais adequado para a sociedade moderna, mais ágil, célere e menos formalista.<sup>6</sup> Enfim, um código que se traduza mais numa *garantia ao cidadão* e ao *serviço do direito material*, e não excessivamente formalista e que se torne um fim em si mesmo.

Neste trabalho, centraremos nosso estudo no impacto que o atual Projeto do NCPC terá sobre a arbitragem.<sup>7</sup>

Contudo, não deixa de ser interessante observar – nesse desejo de um CPC menos formalista, mais célere e mais preocupado com o direito material deduzido em juízo –, a influência da *arbitragem* sobre o *NCPC*.

Nesse sentido, tem-se exemplificativamente, entre outras:

- (i) a previsão de possibilidade de testemunho técnico (*expert witness*);<sup>8</sup>
- (ii) a possibilidade de um acordo de saneamento apresentado pelas partes;<sup>9</sup>

---

explicitaremos.

6. Nos dizeres do Ministro **Luiz Fux**, em mensagem quando do envio do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil ao Senado Federal: “*Era mesmo a hora de mudar: os novos tempos reclamam um novo processo, como proclamava Cesare Vivante: Altro tempo, Altro Diritto*”. Nesse sentido, v. também a *Exposição de Motivos* do Anteprojeto, em especial: “*Em suma, para a elaboração do Novo CPC, identificaram-se os avanços incorporados ao sistema processual preexistente, que deveriam ser conservados. Estes foram organizados e se deram alguns passos à frente, para deixar expressa a adequação das novas regras à Constituição Federal da República, com um sistema mais coeso, mais ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e mais justo*”.

7. Sobre o tema, cfr., também, amplamente, Francisco José Cahali. *Arbitragem e o Projeto de Código de Processo Civil*, in José Anchieta da Silva. *O Novo Processo Civil*, São Paulo: Lex/Magister, 2012, pp. 275/291, *passim*.

8. Cfr. NCPC:

*Art. 471. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.*

[...]

*§ 2.º De ofício ou a requerimento das partes, o juiz poderá, em substituição à prova pericial, determinar a produção de prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade.*

*§ 3.º A prova técnica simplificada consistirá apenas na inquirição pelo juiz de especialista sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico.*

*§ 4.º O especialista, que deverá ter formação acadêmica específica na área objeto de seu depoimento, poderá, ao prestar seus esclarecimentos, valer-se de qualquer recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens com o fim de esclarecer os pontos controvertidos na causa.*

*§ 5.º A remuneração do especialista será arbitrada previamente pelo juiz, devendo ser adiantada pela parte que requerer seu depoimento ou rateada pelas duas partes quando requerida por ambas ou determinado de ofício pelo juiz.*

9. Cfr. NCPC:

*Art. 364. Não ocorrendo qualquer das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:*

[...]

*§ 1.º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de cinco dias, findo o qual a decisão se torna estável.*

*§ 2.º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, uma delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV do caput deste artigo. Uma vez homologada, a delimitação vincula as partes e o juiz.*

*§ 3.º Se a causa for complexa, fática ou juridicamente, deverá o juiz designar audiência, para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes. Nesta oportunidade, o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer as suas alegações.*

(iii) a possibilidade de inquirir *diretamente* a testemunha (uma certa aproximação com a *direct and cross examination of witnesses*);<sup>10</sup>

(iv) além de clarificar mais a questão de *dispensa* de realização de prova técnica.<sup>11</sup>

Feitas essas observações, passemos ao objetivo de nosso estudo, centrado no impacto do NCPC na arbitragem, que representa um dos “*meios adequados de solução de conflitos*”, pelo qual se entrega, por vontade das partes, o julgamento da controvérsia ao árbitro ou colegiado arbitral, por eleito de forma direta ou indireta pelos interessados.

A aplicação do CPC, assim, é estranha ao procedimento arbitral, que terá suas regras definidas pelas partes e/ou pelo árbitro, de maneira a melhor atender as necessidades específicas do caso, aplicando-se os *princípios constitucionais do processo civil* (devido processo legal, contraditório e igualdade de partes).<sup>12</sup>

Porém, não se afasta por inteiro qualquer referência à arbitragem na legislação processual. Isto porque a arbitragem, enquanto uma das formas de solução de conflitos faz parte de um todo, de um sistema de prestação jurisdicional completo que se relaciona e interage, para atender a perspectiva da sociedade (dos jurisdicionados). Assim, em alguns momentos, haverá intersecção ou conexão entre os integrantes deste sistema.

A arbitragem, então, não caminha só. Convive em harmonia com a Jurisdição Estatal, cada qual ocupando o seu espaço, mas relacionando-se quando necessário.

Nesse contexto, entre outros impactos, o NCPC teve o condão, especialmente, de melhorar a relação de *cooperação* entre Poder Judiciário e a Arbitragem (com a criação da Carta Arbitral), e trazer aprimoramentos na alegação de convenção de arbitragem, segredo de justiça, e no *reconhecimento de sentença arbitral estrangeira*, máxime com o melhor tratamento para a *concessão de exequatur à carta rogatória*. Vejamos.

---

A propósito do tema, cfr., ainda, Claudia Elisabete Schwerz Cahali. *O Gerenciamento de Processos Judiciais em busca da efetividade da prestação jurisdicional*, Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, no prelo.

10. Cfr. NCPC: Art. 466. *As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, começando pela que a arrolou, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com as questões de fato objeto da atividade probatória ou importarem repetição de outra já respondida.*

11. Cfr. NCPC: Art. 479. *O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem sobre as questões de fato pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes.*

12. Neste sentido, inclusive, a previsão do artigo 21 da Lei de Arbitragem: “*A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou à Câmara Arbitral, regular o procedimento. § 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao Câmara Arbitral discipliná-lo. § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento*”.

## 2. PRINCIPAIS INOVAÇÕES DO NCPC RELATIVAS À ARBITRAGEM

### 2.1. Arbitragem como jurisdição e estímulo a outros meios de solução de controvérsias (entre eles, conciliação, mediação e arbitragem)

O NCPC buscou *harmonizar-se* com a Constituição Federal e a Lei de Arbitragem, seguindo a corrente doutrinária majoritária no sentido de que a *arbitragem também é jurisdição*.

Nesse sentido, houve *alteração* da disciplina prevista no artigo 3.º da versão original do Projeto, que assim disciplinava a matéria:

*“Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei”.*<sup>13</sup>

Essa forma de redação, conquanto certamente não tenha sido a intenção da Comissão, poderia dar margem a interpretações no sentido de que a arbitragem não fosse jurisdição, por consignar que “*não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito*”, ressalvando, contudo, e podendo transmitir, com isso, a ideia de não se tratar de *jurisdição*, a solução arbitral.

Sendo assim, mais adequada foi a solução dada pela versão atual e que ora se examina do NCPC, que segue mais harmoniosamente a CF 5.º XXXV, a Lei de Arbitragem e a histórica decisão do **Supremo Tribunal Federal** acerca de sua constitucionalidade, ao simplesmente consignar, *verbis*:

*“Art. 3.º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.*

*§ 1.º É permitida a arbitragem, na forma da lei”.*

Com essa redação, guarda-se, no *caput*, harmonia com a CF 5.º XXXV, bem como, através de seu § 1.º, evita-se a discussão sobre ser ou não a arbitragem jurisdição, evitando-se a contradição acima apontada no Anteprojeto (versão original), e perfilando, assim, a corrente doutrinária e jurisprudencial majoritária no sentido de ser a arbitragem efetivamente *jurisdição*.<sup>14</sup>

13. Esse dispositivo não guarda correspondente no atual CPC, guardando, entretanto, certa correspondência com a CF 5.º XXXV: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, e guardando certa harmonia com a Lei de Arbitragem e a histórica decisão do **Supremo Tribunal Federal** acerca de sua constitucionalidade [cfr. STF, Pleno, AgReg na Homologação de Sentença Estrangeira nº 5206-7 (Reino da Espanha), rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, m.v. (quanto à constitucionalidade da LArb), j. 12.12.2001, DJ 30.4.2004].

14. A esse respeito, v., por todos, o excelente voto da Min. **Nancy Andrighi** em STJ, 2.ª Seção, Conflito de Competência nº 113.260 – SP, rel. p/acórdão Min. **João Otávio de Noronha**, m.v., j. 8.9.2010, DJ 7.4.2011. V., também, o precedente: STJ, 2.ª Seção, Conflito de Competência nº 111.230 – DF, rel. Min. **Nancy Andrighi**, m.v., j. 8.5.2013 (íntegra do acórdão ainda aguardando publicação; relatório e voto da Ministra Relatora, contudo, já disponíveis, bem como a certidão do julgamento), que admitiu conflito de competência em *Câmara Arbitral e Poder Judiciário*. Em não sendo a arbitragem *jurisdição*, não se poderia admitir conflito de competência entre *árbitro e juiz*.

Essa harmonia, de certa forma, subsiste ainda com a previsão do art. 42 do NCPC:

“Art. 42. *As causas cíveis serão processadas e decididas pelo órgão jurisdicional nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei*”.

Não obstante isso, o mais adequado, a fim de evitarem-se incongruências, seria esse artigo ter sido redigido de maneira a espelhar o atual art. 3.º do NCPC (*v.g.*: “Art. 42. *As causas cíveis serão processadas e decididas pelo órgão jurisdicional nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei*”).

Demais disso, tem-se, em nosso sentir, que o NCPC *prestigia* a arbitragem, não só como um meio *alternativo* de solução de controvérsias (*ADR – Alternative Dispute Resolution*), mas efetivamente como um verdadeiro meio *adequado* de solução de controvérsias (modernamente, *Adequate Dispute Resolution*), razão pela qual, ao lado de outros métodos (como a conciliação e a mediação), o NCPC a *estimula*.

Ao ler-se *isoladamente* do art. 3.º § 3.º do NCPC (“*A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial*”), pode-se, açodadamente, extrair-se conclusão em sentido contrário, pois o referido parágrafo faz menção apenas à conciliação e à mediação; contudo, este parágrafo (ao lado do § 2.º do mesmo artigo) refere-se aos meios de solução *consensual* dos conflitos.

Entretanto, o NCPC, em outras passagens, expressa claramente o *estímulo* também à arbitragem, como meio *adequado* de solução de controvérsias. Nesse sentido:

“Art. 365. *No dia e na hora designados, o juiz declarará aberta a audiência e mandará apregoar as partes e os respectivos advogados, bem como outras pessoas que dela devam participar.*

*Parágrafo único. Instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, sem prejuízo do emprego de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação, a arbitragem e a avaliação imparcial por terceiro*” (destacamos).

Trata-se de moderna visão do NCPC, em consonância com a *Reforma do Poder Judiciário* promovida pela Emenda Constitucional nº 45, na tentativa de uma mudança da *cultura de litígio*<sup>15</sup> que atualmente impera no Brasil, para uma *melhor administração da justiça*. Essas disposições guardam, ainda, harmonia com a Resolução CNJ nº 125/2010,<sup>16-17</sup> que trata da *Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário*, e que justamente procurou desenvolver

15. Sobre o tema, v, entre outros, Kazuo Watanabe. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*, in Flavio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo: DPJ Editora, 2005, pp. 684/690; e Kazuo Watanabe. *Modalidade de mediação*, in CJF. *Mediação: um projeto inovador* (Série Cadernos do CEJ), v. 22, Brasília: CJF, 2003, pp. 42/50. V., também, Thiago Rodovalho. *Cultura do litígio*, in Jornal Gazeta de Limeira, Coluna Fatos & Direito, 1.º Caderno, p. 2, em 16.6.2013.

16. Recentemente, alterada por meio da Emenda nº 1, de 31 de janeiro de 2013.

17. A respeito da Resolução CNJ nº 125/2010, cfr. Francisco José Cahali. *Curso de arbitragem*, 3.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, Cap. 2, pp. 37/59.

no país o que se cunhou de *sistema multiportas* ou *tribunal multiportas* [com inspiração no sistema americano (*Multi-door Courthouse System*)],<sup>18</sup> estimulando o uso de *meios extrajudiciais de solução dos conflitos*, tais como negociação, conciliação e mediação [o NCPC, modernamente, incluiu, ainda, no artigo citado, a possibilidade de *avaliação imparcial por terceiro* (*neutral evaluation*), método conhecido nos *Alternatives Dispute Resolution*], com vistas, inclusive, a tornar efetivo o *direito constitucional à razoável duração do processo*.

## 2.2. Alegação de Convenção de Arbitragem, extinção do processo sem resolução de mérito e agravo de instrumento. Efeito do recurso de apelação

No tocante à *alegação de convenção de arbitragem*, houve sensíveis avanços na disciplina dada pelo NCPC, na versão contida no Relatório final submetido à aprovação na Câmara dos Deputados, em relação ao projeto aprovado no Senado Federal.

Em vez de alegar-se a existência de convenção de arbitragem em matéria preliminar da contestação, como ocorre atualmente, e previsto na versão do Senado, vendo-se obrigado a adiantar, com isso, o próprio *mérito* de sua defesa (em atenção ao princípio da eventualidade), na Câmara propõe-se disciplina diversa.

Essa nova estrutura dada pela atual versão do NCPC representou, inclusive, em nosso sentir, outro aprimoramento em relação ao Anteprojeto original, que disciplinava a matéria de forma muito semelhante ao vigente CPC/73, à exceção da correção do § 4.º do art. 301 (que falava equivocadamente em *compromisso arbitral*).<sup>19</sup>

Nesse sentido, o NCPC, cria um *momento procedimental específico para a alegação de existência de convenção de arbitragem*.

Com isso, a alegação de existência de convenção de arbitragem deverá ser deduzida em *petição autônoma*, na audiência de conciliação ou, caso essa não venha a ocorrer, no momento em que o réu manifesta desinteresse em sua realização, ou, ainda, no prazo da contestação, caso a audiência não tenha sido designada por outra razão.

Em todos esses momentos, essa petição terá o efeito de *interromper* o prazo para contestar (desde que devidamente instruída com a convenção de arbitragem), que voltará a correr, por inteiro, após a intimação da decisão que a rejeitar (evidentemente, pois,

18. V. Nancy Andriighi e Gláucia Falsarella Foley. *Sistema multiportas: o Judiciário e o consenso*, in Folha de São Paulo, Tendências e Debates, 24.6.2008.

19. A disciplina dada pela versão original do Anteprojeto era, em suma, a seguinte:

“Art. 338. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:

[...]

X – convenção de arbitragem;

[...]

§ 4º Excetuada a convenção arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo”.

em caso de acolhimento, não há que se falar sequer em momento para contestar, com a extinção do processo sem resolução de mérito).<sup>20</sup>

Deste modo, evita-se que o réu seja forçado a *adiantar* o mérito da matéria que pretende ver deduzida *no juízo arbitral*, ante a existência de convenção de arbitragem.

Assim, o réu deve apenas formular a petição autônoma, instruindo-a obrigatoriamente com o instrumento da convenção de arbitragem (sob pena de rejeição liminar, podendo, inclusive, vir a ser considerado revel, se petição autônoma, desacompanhada do instrumento, houver sido feita no curso do prazo da contestação), tecendo as razões que entenda pertinentes, apenas e tão somente com relação à competência do juízo arbitral, sem a necessidade de adentrar o mérito da questão propriamente dito. O juiz, então, ouvirá a parte contrária relativamente à alegação de convenção de arbitragem, decidindo a questão.<sup>21</sup>

Outra importante e interessante inovação do NCPC diz respeito à sua maior harmonização com o *Princípio da Competência-Competência* (também conhecido como *Kompetenz-kompetenz*, *competence-competence* ou *compétence-compétence*). Assim, se a arbitragem *já estiver sido instaurada* antes da propositura da ação, o juiz, ao receber a alegação de convenção de arbitragem, *suspenderá* o processo, à espera da decisão do

20. Nesse sentido, v. NCPC:

“Art. 348. Acolhida a alegação de convenção de arbitragem, ou reconhecida pelo juízo arbitral a sua própria competência, o processo será extinto sem resolução de mérito.

[...]

Art. 495. O órgão jurisdicional não resolverá o mérito quando:

[...]

VII – acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem”.

21. A esse respeito, cfr. o Capítulo VIII – *Da Alegação de Convenção de Arbitragem* do NCPC:

“Art. 345. A alegação de existência de convenção de arbitragem deverá ser formulada, em petição autônoma, na audiência de conciliação.

§ 1.º A alegação deve estar acompanhada do instrumento da convenção de arbitragem, sob pena de rejeição liminar.

§ 2.º O autor será intimado para manifestar-se imediatamente sobre a alegação. Se houver necessidade, a requerimento do autor, o juiz poderá conceder prazo de até quinze dias para essa manifestação.

§ 3.º A alegação de incompetência do juízo, se houver, deverá ser formulada na mesma petição a que se refere o caput deste artigo, que poderá ser apresentada no juízo de domicílio do réu, observado o disposto no art. 341.

§ 4.º Após a manifestação do autor, o juiz decidirá a alegação. Intimadas as partes da decisão que a rejeita, o prazo da contestação começará a fluir.

§ 5.º Se, antes da audiência de conciliação, o réu manifestar desinteresse na composição consensual, terá de, na mesma oportunidade, formular a alegação de convenção de arbitragem, nos termos deste artigo.

Art. 346. Não tendo sido designada audiência de conciliação, a alegação da existência de convenção de arbitragem deverá ser formulada, em petição autônoma, no prazo da contestação.

§ 1.º A alegação deve estar acompanhada do instrumento da convenção de arbitragem, sob pena de ser rejeitada liminarmente e o réu ser considerado revel.

§ 2.º A alegação de incompetência do juízo, se houver, deverá ser apresentada na mesma petição a que se refere o caput deste artigo, que poderá ser apresentada no juízo de domicílio do réu, observado o disposto art. 341.

§ 3.º Após a manifestação do autor, o juiz decidirá a alegação. Intimadas as partes da decisão que a rejeita, o prazo da contestação recomeçará por inteiro”.

juízo arbitral sobre a sua própria competência. Reconhecendo o árbitro sua própria competência, o processo será extinto sem resolução de mérito.<sup>22</sup>

Dizemo-lo *mais harmonizado com o Princípio da Competência-Competência*, pois é da essência desse princípio justamente a ideia de que o árbitro decida *primeiramente, em primeiro lugar* (mas não *exclusivamente*) sobre sua própria competência, cabendo ao Poder Judiciário a *palavra final (has the last word)*,<sup>23</sup> que será dada apenas *posteriormente* e não *concorrentemente*,<sup>24</sup> sendo que, no Brasil, somente *se* provocado a fazê-lo, em sede de controle da sentença arbitral.<sup>25-26</sup>

Trata-se de *cronológico (regra de prioridade)*,<sup>27</sup> e não de *critério hierárquico*, procurando-se, assim, evitar que haja *concorrência temporal* entre a Jurisdição Estatal e a Jurisdição Arbitral para decidir sobre a competência (*rectius*: jurisdição) ou não do Tribunal Arbitral e da arbitralidade ou não do conflito [a existência da convenção de arbitragem, a capacidade das partes para celebrar a convenção de arbitragem, a arbitralidade do litígio, a forma da convenção de arbitragem, licitude do objeto da convenção de arbitragem, a inclusão do litígio no objeto da convenção, a constituição do tribunal arbitral].<sup>28-29</sup>

---

22. V. NCPD:

“Art. 347. Se o procedimento arbitral já houver sido instaurado antes da propositura da ação, o juiz, ao receber a alegação de convenção de arbitragem, suspenderá o processo, à espera da decisão do juízo arbitral sobre a sua própria competência; não havendo sido instaurado, o juiz decidirá a questão.

Art. 348. Acolhida a alegação de convenção de arbitragem, ou reconhecida pelo juízo arbitral a sua própria competência, o processo será extinto sem resolução de mérito”.

23. Albert Jan Van den Berg. *The New York Arbitration Convention of 1958*, Deventer: Kluwer Law, 1981, p. 131.
24. V., entre outros, Emmanuel Gaillard. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2008, p.128.
25. Esse é, precisamente, o modelo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, como se depreende do teor da LARb 8 par. ún. (“Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”) e 20 caput e § 2.º [“A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem” (...) “Não sendo acolhida a argüição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei”].
26. Alguns países, como Alemanha e Portugal, adotam disciplina um pouco diferente. A esse respeito, v. amplamente Leandro Tripodi e Thiago Rodovalho. *Aspectos da arbitragem securitária no contexto de projetos de infra-estrutura: uma análise do caso Jirau à luz de princípios da arbitragem internacional e do direito brasileiro*, no prelo, *passim*.
27. Thiago Marinho Nunes. *A prática das anti-suit injunctions no procedimento arbitral e seu recente desenvolvimento no direito brasileiro*, in Revista Brasileira de Arbitragem, nº 5, jan-mar/2005, p. 32.
28. Manuel Pereira Barrocas. *Manual de arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 247.
29. O próprio STJ já reconheceu, em recente acórdão, expressamente, que cabe ao árbitro decidir *primeiramente* sobre sua própria competência, cabendo ao Poder Judiciário somente o controle *posterior* dessa decisão. Nesse sentido, cfr. STJ, 4.ª T., REsp 1.278.852 – MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, v.u., j. 21.5.2013, DJ 19.6.2013, em que consta: “De fato, é certa a coexistência das competências dos juízos arbitral e togado relativamente às questões inerentes à existência, validade, extensão e eficácia da convenção de arbitragem. Em verdade – excluindo-se a hipótese de cláusula compromissória patológica (“em branco”) –, o que se nota é uma alternância de competência entre os referidos órgãos, porquanto a ostentam em momentos procedimentais distintos, **ou seja, a possibilidade de**

Há exceção a esse princípio somente *se e quando* tratar-se de convenção de arbitragem *manifestamente nula*, a teor da Convenção de Nova York (*New York Arbitration Convention – Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards done at New York, on 10 June 1958*), conforme seu artigo 2.º item III: “*The court of a Contracting State, when seized of an action in a manner in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed*”,<sup>30</sup> a cujo dispositivo há de ser dada *interpretação restritiva*, a fim de evitar abusos.<sup>31</sup>

A redação do art. 347, contudo, poderia ser aprimorada, com a exclusão e modificação da parte que diz “*antes da propositura da ação*”, ficando com a seguinte redação: “*Art. 347. Se o procedimento arbitral já houver sido instaurado antes de ser proferida decisão judicial sobre a questão, o juiz, ao receber a alegação de convenção de arbitragem, suspenderá o processo, à espera da decisão do juízo arbitral sobre a sua própria competência; não havendo sido instaurado, o juiz decidirá a questão*”.

Deste modo, atende-se por completo a *racionalidade* internacionalmente reconhecida do *princípio da competência-competência*, evitando-se conflito de jurisdições. Com a redação atual, o conflito, em tese, ainda pode ocorrer, caso a arbitragem seja instaurada *no curso da ação judicial*, mas antes da decisão do juiz sobre a questão, e o árbitro se dê por competente. O melhor seria sempre a suspensão do processo se, *antes da decisão do juiz*, o procedimento arbitral já houver sido instaurado.

Ainda a respeito de *alegação de convenção de arbitragem*, o NCPC mantém corretamente a impossibilidade de ser conhecida de ofício pelo juiz, tornando, ainda, claro o efeito de sua não arguição, que há de compreendida, *ex vi legis*, como *renúncia* (tácita) à arbitragem.<sup>32</sup>

Por fim, com relação à decisão que *rejeitar* a alegação de convenção de arbitragem, caberá recurso de *agravo de instrumento*, a teor do NCPC art. 1028 III, *verbis*:

“*Art. 1.028. Além das hipóteses previstas em lei, cabe agravo de instrumento contra decisão interlocutória que:*

[...]

*III – rejeitar a alegação de convenção de arbitragem [...]*”.

---

*atuação do Poder Judiciário é possível tão somente após a prolação da sentença arbitral, nos termos dos arts. 32, I e 33 da Lei de Arbitragem*” (destacamos).

30. Tradução: “*O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo [convenção arbitral], a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutível*”.
31. A esse respeito, v. amplamente Albert Jan Van den Berg. *The New York Arbitration Convention of 1958*, Deventer: Kluwer Law, 1981, pp. 154/169, em especial p. 155.
32. Cfr. NCPC:

“*Art. 349. A existência de convenção de arbitragem não pode ser conhecida de ofício pelo órgão jurisdicional.*

*Art. 350. A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral*”.

Já quanto à decisão que *reconhece a convenção de arbitragem e julga extinto o processo sem resolução de mérito*, caberá recurso de *apelação*, com a importante previsão de que os efeitos, em regra, dessa *apelação* serão somente *devolutivos*, é dizer, sem o condão de *suspender* os efeitos da decisão apelada, permitindo-se, assim, que se prossiga com a arbitragem (caso já instaurada) ou que se proceda à sua instauração.

Nos dizeres do NCPC art. 1025, *verbis*:

*“Art. 1.025. A apelação terá efeito suspensivo.*

*§ 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que:*

[...]

*III – extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado;*

*IV – julga procedente o pedido de instituição de arbitragem;*

[...]

*§ 2º Nos casos do § 1º, o apelado poderá promover o pedido de cumprimento provisório depois de publicada a sentença”.*

Excepcionalmente, contudo, poderá ser atribuído efeito suspensivo a essa *apelação*, se presentes os requisitos legais, quais sejam: (i) probabilidade de provimento do recurso; (ii) ou, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou difícil reparação; segundo os § 3.º a 6.º do citado art. 1015 do NCPC:

*“ § 3º Nas hipóteses do § 1º, o apelante poderá formular pedido de efeito suspensivo:*

*I – na petição de interposição do próprio recurso; ou,*

*II – por petição autônoma, que deverá ser instruída com os documentos necessários ao conhecimento da controvérsia, quando formulado depois de sua interposição, mas antes da distribuição do recurso ao relator.*

*§ 4º Nas hipóteses do § 1º, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso, ou, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou difícil reparação.*

*§ 5º Quando o pedido for formulado por petição autônoma e os autos já estiverem no respectivo tribunal competente para julgar o recurso de apelação, é dispensável a formação do instrumento de que trata o § 3º, inciso II.*

*§ 6º A apreciação do pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso de apelação nas hipóteses do § 1º competirá ao:*

*I – juiz prolator da decisão apelada, no período compreendido entre a interposição do recurso em primeiro grau e a distribuição ao relator no tribunal de segundo grau;*

*II – relator designado, depois da distribuição do recurso no tribunal de segundo grau”.*

Nessas hipóteses, *se e quando* efetivamente presentes e preenchidos os requisitos legais acima apontados, o efeito suspensivo à *apelação* *deve* ser concedido, tratando-se de *poder-dever* do juiz ou relator, conforme o momento temporal do recurso (se já distribuído ou não).

### 2.3. Segredo de Justiça da Arbitragem no NCPC

Outro importante avanço do NCPC foi relativo ao *segredo de justiça* na arbitragem, pois o sigilo no procedimento é uma das mais atraentes características da arbitragem, pois através dele, preservam-se a imagem das partes, intimidades de seus negócios, *know-how*, segredo industrial, entre outras informações relevantes de caráter estratégico ou comercial decorrentes da atividade empresarial.

Nesse contexto, embora a Lei de Arbitragem, corretamente, não *determine obrigatoriamente* o sigilo nas arbitragens,<sup>33</sup> fato é que, na prática, a absoluta maioria delas ocorre em sigilo, quer porque as partes assim o previram na convenção de arbitragem, quer porque elegeram Câmara Arbitral cujo regulamento que prevê o sigilo (o que é a regra nos regulamentos das Câmaras Arbitrais no Brasil e no exterior).

O sigilo é, em verdade, ao lado da *flexibilidade, celeridade e especialidade*, um dos *atrativos* da arbitragem.<sup>34</sup> Nesse sentido, recente pesquisa conduzida pela School of International Arbitration (Centre for Commercial Law Studies) e pelo Queen Mary College, com apoio da PriceWaterhouseCoopers,<sup>35</sup> revelou que 62% das empresas consideram a confidencialidade da arbitragem um ponto muito importante.

Daí a relevância do melhor tratamento dado à matéria pelo NCPC, que assim disciplinou a questão do segredo de justiça quando se tratar de processo judicial que verse sobre arbitragem:

“Art. 189. Os atos processuais são públicos. Tramitam, todavia, em segredo de justiça os processos:

[...]

IV – que versam sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

Parágrafo único. O direito de consultar os autos de processo que tramita em segredo de justiça e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e aos seus procuradores. O terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como do inventário e partilha resultantes de divórcio”.<sup>36</sup>

33. A LArb determina apenas o *dever de discrição* do árbitro, nos termos do art. 13 § 6.º:

“Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

[...]

§ 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e **discrição**” (destacamos).

34. Nesse sentido, v., entre outros, Francisco José Cahali. *Curso de arbitragem*, 3.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, nº 9.4.3, pp. 240/241.

35. *School of International Arbitration, Centre for Commercial Law Studies, e Queen Mary University of London* (com apoio da PwC). *Corporate choices in International Arbitration – Industry perspectives*, disponível em: [www.pwc.com/arbitrationstudy](http://www.pwc.com/arbitrationstudy), acessado em 31.5.2013.

36. Esse dispositivo contou com contribuição do GPA – Grupo de Pesquisa em Arbitragem, da PUCSP, liderado pelo Prof. Francisco José Cahali (a esse respeito, cfr. Francisco José Cahali. *Curso de arbitragem*, 3.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, nº 9.4.3, pp. 240/241).

Assim sendo, quando a própria arbitragem for sigilosa (quer porque as partes assim o previram na convenção de arbitragem, quer porque elegeram Câmara Arbitral cujo regulamento que prevê o sigilo), por força do citado artigo do NCPC, o processo judicial – seja no momento de *alegação de convenção de arbitragem*, seja em *ação anulatória*, seja ainda em *ação de execução e cumprimento de decisão (cautelares, v.g.) ou sentença arbitral*, enfim, sempre que houver necessidade de *judicializar a arbitragem* –, correrá em *segredo de justiça*, prestigiando e protegendo o desejo das partes de manter sua *confidencialidade*.

Trata-se de importante avanço, pois, no atual sistema, não obstante a arbitragem se desenvolva de forma *confidencial*, toda vez que, por algum motivo, haja de necessidade de *judicializá-la*, a arbitragem, *de certa forma*, se publiciza, o que se traduz em fato muito indesejável.

Com o aludido dispositivo, o NCPC melhor disciplina a questão, de tal sorte que um terceiro somente terá qualquer informação sobre o processo judicial *se demonstrar interesse jurídico* (e não meramente *econômico*) para tanto, a teor do parágrafo único do referido artigo.

#### 2.4. Fraude à execução e arbitragem

O NCPC traz, na versão aprovada no Relatório Final da Câmara dos Deputados, ainda, interessante e bem-vinda novidade relativa à *fraude à execução*, afastando expressamente a boa-fé do adquirente que, *ciente da existência de procedimento arbitral que potencialmente poderia reduzir o devedor à insolvência*, mesmo assim, adquire o bem.

Nesse sentido, dispõe a esse respeito o NCPC:

“Art. 808. Considera-se fraude à execução a alienação ou a oneração de bem:

I – quando sobre ele pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver;

II – quando tiver sido averbada, em seu registro, a pendência do processo de execução, na forma do art. 844;

III – quando tiver sido averbado, em seu registro, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude;

IV – quando, ao tempo da alienação ou oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência;

V – nos demais casos expressos em lei.

§ 1.º A alienação em fraude à execução é ineficaz em relação ao exequente.

§ 2.º No caso de aquisição de bem não sujeito a registro, o terceiro adquirente tem o ônus da prova de que adotou as cautelas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor.

§ 3.º Nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar.

**§ 4º Não será considerado adquirente de boa-fé aquele que tiver ciência da pendência de processo arbitral contra o executado.**

§ 5º Antes de declarar a fraude à execução, o órgão jurisdicional deverá intimar o terceiro adquirente, que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de quinze dias” (destacamos).

Poderá surgir questionamento relativo ao *sigilo* da arbitragem. Contudo, o sigilo existe *para as partes*, de tal sorte que ele não é absoluto, cedendo para a *defesa de direitos*. Sendo assim, inexistente, em nosso sentir, incompatibilidade entre a previsão do NCPC relativa à fraude à execução e a confidencialidade na arbitragem.

Deste modo, a parte interessada poderá, na defesa de seus direitos e interesses, cientificar o potencial adquirente acerca da existência do procedimento arbitral, de sorte a precaver-se contra eventual fraude à execução.

## 2.5. A relação de cooperação entre Poder Judiciário e a Arbitragem (Carta Arbitral).<sup>37</sup>

Outro importante avanço do NCPC foi a criação da *Carta Arbitral*, instrumento sem correspondência no vigente CPC/73.<sup>38</sup>

Com a criação da referida carta arbitral *uniformiza-se* a comunicação entre *Árbitro* (ou Tribunal Arbitral) e o *Poder Judiciário*, para as situações, nem sempre raras, que demandam interação entre as duas jurisdições (medidas coercitivas e cautelares, auxílio em produção de prova, prestação de informações etc.).

Atualmente, sem disciplina específica, inexistente propriamente uniformidade nessa interlocução entre as jurisdições estatal e arbitral, adotando, árbitros e câmaras, cada qual, formato que entende adequado, o que, por vezes, na prática, traz dificuldades.

Esses problemas tendem a desaparecer, ao menos no que tange à interlocução propriamente dita (e não necessariamente seu efetivo cumprimento), com a criação da denominada *carta arbitral*.

Nesse sentido, o NCPC assim a disciplinou a matéria:

“Art. 69. O pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido, prescindindo de forma específica e pode ser executado como:

I – auxílio direto;

II – reunião ou apensamento de processos;

37. Nessa relação de cooperação, a jurisdição é *partilhada*, e não *compartilhada*. São funções complementares, e não concorrentes. A um juízo caberá a decisão; ao outro, a efetivação do decidido. Tudo sem hierarquia ou subordinação, pois são tarefas distintas decorrentes dos poderes e atribuições de cada qual no nosso sistema jurídico.

38. A proposição da *carta arbitral* no NCPC também contou com contribuição do GPA – Grupo de Pesquisa em Arbitragem, da PUCSP, liderado pelo Prof. Francisco José Cahali, em parceria com a Comissão de Arbitragem e a Procuradoria-Geral da OABRJ, nas pessoas dos Drs. Joaquim de Paiva Muniz, Leonardo Corrêa e Ronaldo Cramer (a esse respeito, cfr. Francisco José Cahali. *Curso de arbitragem*, 3.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, nº 10.5, pp. 262/265).



procuração do advogado (quando o caso, pois nem sempre parte se fará representar por advogado na arbitragem, ainda que essa representação, na prática, seja frequente); e (v) assinatura do árbitro. Poderá, ainda, ser instruída com outras cópias dos “autos” da arbitragem, caso eventualmente isso se faça necessário.

E o processamento e cumprimento dessa *carta arbitral* no Juízo Estatal, como visto anteriormente (v. nº 2.3 acima), deverá tramitar *em segredo de justiça*, quando a própria arbitral gozar de confidencialidade.

A esse respeito, em nosso sentir, as *diligências* propriamente ditas para esse processamento e cumprimento da carta arbitral incumbem à *parte interessada*, e não ao árbitro; é dizer, incumbe ao árbitro a *confeção* e *expedição* da carta arbitral, cabendo, por sua vez, à parte interessada, as diligências para seu processamento e cumprimento no Juízo Estatal.

Esse, inclusive, nos parece ser ponto que poderia ser aprimorado no NCPC, para justamente constar de forma expressa (com a inclusão de um parágrafo, *v.g.*) que *as diligências para seu processamento e cumprimento no Juízo Estatal incumbem à parte interessada*, ainda que essa conclusão se extraia implicitamente do NCPC, evitando-se, com isso, que, na prática, haja discussão e dúvidas a esse respeito.

Isto porque, além de tratar-se indubitavelmente de ato que refoge às atribuições do árbitro, poderá haver, até mesmo, problemas ou dificuldades em seu cumprimento. O próprio NCPC contém disposição em que o cumprimento da carta arbitral poderá ser recusado, *verbis*:

“Art. 267. O juiz recusará cumprimento à carta precatória ou arbitral, devolvendo-a com despacho motivado:

I – quando não estiver revestida dos requisitos legais;

II – quando faltar-lhe competência em razão da matéria ou da hierarquia;

III – quando tiver dúvida acerca de sua autenticidade.

Parágrafo único. No caso de incompetência em razão da matéria ou da hierarquia, o juiz deprecado, conforme o ato a ser praticado, poderá remeter a carta ao juiz ou ao tribunal competente”.

Nessa hipótese, caso a diligência incumbisse ao árbitro, poder-se-ia criar uma situação estranha e indesejável, como a possibilidade e/ou necessidade de interposição de recurso (nessa hipótese, pelo árbitro), em caso de decisão judicial que equivocadamente se recusa a cumprir a *carta arbitral*. Tratar-se-ia de situação absolutamente estranha e indesejável na medida em que a função do árbitro, de certa forma, se imiscuiria com a da própria parte [quiçá, até mesmo, com a necessidade de contratação de advogado para interposição de recurso contra a decisão judicial que não a cumpre (pois o árbitro não necessariamente precisa ser advogado), o que seria uma situação manifestamente absurda].

É por isso que, em regra, ao menos em nosso sentir, o relacionamento entre árbitro e juiz não deve ser *direto*, senão, *indireto*, via processamento e cumprimento da carta arbitral pela parte interessada.

Deste modo, em suma, no processamento e cumprimento de decisões arbitrais, a exemplo da Carta Precatória, a carta arbitral é *emanada* do árbitro, mas as diligências para seu cumprimento incumbem, em regra, à parte interessada [= distribuição ou protocolo (conforme a situação), recolhimento de eventuais custas judiciais, interposição de recursos contra decisão judicial que não a cumpre etc.], não havendo, pois, nessa hipótese, relacionamento *direto* entre judiciário e arbitragem, senão apenas e tão somente indireto.

Cria-se, portanto, como visto, *uma estrutura formal para a comunicação*, e desta forma facilita o entrosamento entre ambas as jurisdições, na medida em que uma saberá como solicitar e outra como receber as solicitações, evitando desencontro de posições a respeito, nocivas, certamente, à efetividade pretendida na tutela dos interesses da parte.

## 2.6. Cumprimento de sentença arbitral

No tocante ao *cumprimento da sentença arbitral*, o NCPC, acertadamente, *manteve* a disciplina atual prevista tanto no vigente CPC/73 quanto na LArb, no sentido de constituir a sentença arbitral um título executivo *judicial, verbis*:

“Art. 529. Além da sentença condenatória, são títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

[...]

VII – a sentença arbitral”.

A inovação ficou por conta da possibilidade de promover-se seu cumprimento no domicílio do executado ou onde os bens sujeitos à execução estiverem localizados ou ainda onde a obrigação de fazer ou não fazer deva ser cumprida, à opção do exequente, o que, na prática, pode tornar a execução mais célere:

“Art. 530. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante:

[...]

III – o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral ou de sentença estrangeira.

*Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o exequente poderá optar pelo juízo do atual domicílio do executado, pelo juízo do local onde se encontram os bens sujeitos à execução ou onde deve ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem”.*

Ou seja, de forma salutar se permitirá, o que hoje é vedado, executar a sentença arbitral onde se encontram os bens ou no local onde deve ser cumprida a obrigação de fazer ou de não fazer, além da opção pelo domicílio do executado.

Consubstanciaram-se ambos, a nosso ver, em medidas corretamente adotadas pelo NCPC, tanto ao manter a sentença arbitral como título executivo judicial, quanto ao inovar onde ela poderá ser executada, flexibilidade essa que pode vir a possibilitar execuções mais céleres.

## 2.7. Reconhecimento de sentença arbitral estrangeira e concessão de exequatur à carta rogatória

*Last but not least*, relativamente ao reconhecimento de sentença arbitral estrangeira, o NCPC traz, uma vez mais, importantes inovações.

Primeiramente, o NCPC inova já ao trazer a expressão *decisão arbitral*, que inexistia no vigente CPC/73, na parte dedicada à homologação de sentença estrangeira;<sup>39</sup> em verdade, o CPC/73 disciplina de forma muito sucinta e insuficiente a matéria, e referindo-se apenas à *sentença estrangeira*.<sup>40</sup>

Inclusive, o NCPC, com muita propriedade, usa a expressão *decisão arbitral estrangeira* (vocábulo com acepções mais amplas), em vez de *sentença arbitral*, pois objetiva, com isso, referir-se tanto à *sentença* propriamente dita quanto às *decisões interlocutórias* (como as concessivas de tutelas de urgências e cautelares, para produção de provas etc.).

Assim, o NCPC, na versão que ora se examina, disciplinou mais detidamente a questão, buscando harmonizá-la aos novos tempos, de *mundialização* ou *globalização*, nos quais a *mobilidade* das decisões é muito maior, e as fronteiras, cada vez menores, e buscando, ainda, harmonizá-la também ao quanto disposto na nossa Lei de Arbitragem (em especial, arts. 34 a 40), na Convenção de Nova York (*New York Arbitration Convention – Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards done at New York, on 10 June 1958*), e na Resolução nº 9/2005 do E. **Superior Tribunal de Justiça**, que igualmente tratam da material [cfr. NCPC 972 § 3.º “A homologação de decisão arbitral estrangeira obedecerá ao disposto em **tratado** e na **lei**, aplicando-se, **subsidiariamente**, as disposições deste Capítulo” (destacamos)].

Nesse sentido, o NCPC tratou as questões concernentes ao reconhecimento de decisões (judicial e arbitral) estrangeiras da seguinte maneira:

“Art. 972. A homologação de decisão estrangeira será requerida por ação de homologação de decisão estrangeira, salvo disposição especial em sentido contrário prevista em tratado.

§ 1.º A decisão interlocutória estrangeira poderá ser executada no Brasil por meio de carta rogatória.

§ 2.º A homologação obedecerá ao que dispuserem os tratados em vigor no Brasil e o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça.

39. Nesta parte, o NCPC, quer nos parecer, reafirma, mais uma vez, a natureza jurisdicional da arbitragem ao preceituar em seu art. 973 § 1.º: “É passível de homologação a decisão judicial definitiva, **bem como a não judicial que, pela lei brasileira, teria natureza jurisdicional**” (destacamos).

40. Cfr. CPC/73:

“Art. 483. A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. A homologação obedecerá ao que dispuser o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Art. 484. A execução far-se-á por carta de sentença extraída dos autos da homologação e obedecerá às regras estabelecidas para a execução da sentença nacional da mesma natureza”.

§ 3.º *A homologação de decisão arbitral estrangeira obedecerá ao disposto em tratado e na lei, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições deste Capítulo.*

Art. 973. *A decisão estrangeira somente terá eficácia no Brasil após a homologação de sentença estrangeira ou a concessão do exequatur às cartas rogatórias, salvo disposição em sentido contrário de lei ou tratado.*

§ 1.º *É passível de homologação a decisão judicial definitiva, bem como a não judicial que, pela lei brasileira, teria natureza jurisdicional.*

§ 2.º *A decisão estrangeira poderá ser homologada parcialmente.*

§ 3.º *A autoridade judiciária brasileira poderá deferir pedidos de urgência e realizar atos de execução provisória no processo de homologação de decisão estrangeira.*

§ 4.º *Haverá homologação de decisão estrangeira para fins de execução fiscal quando prevista em tratado ou em promessa de reciprocidade apresentada à autoridade brasileira.*

§ 5.º *A sentença estrangeira de divórcio consensual produz efeitos no Brasil, independentemente de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça.*

§ 6.º *Na hipótese do § 5.º, competirá a qualquer órgão jurisdicional examinar a validade da decisão, em caráter principal ou incidental, quando essa questão for suscitada em processo de sua competência.*

Art. 974. *É passível de execução a decisão estrangeira concessiva de medida de urgência.*

§ 1.º *A execução no Brasil de decisão interlocutória estrangeira concessiva de medida de urgência dar-se-á por carta rogatória.*

§ 2.º *A medida de urgência concedida sem audiência do réu poderá ser executada, desde que garantido o contraditório em momento posterior.*

§ 3.º *O juízo sobre a urgência da medida compete exclusivamente à autoridade jurisdicional prolatora da decisão estrangeira.*

§ 4.º *Quando dispensada a homologação para que a sentença estrangeira produza efeitos no Brasil, a decisão concessiva de medida de urgência dependerá, para produzir efeitos, de ter sua validade expressamente reconhecida pelo órgão jurisdicional competente para dar-lhe cumprimento, dispensada a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça.*

Art. 975. *Constituem requisitos indispensáveis à homologação da decisão:*

*I – ser proferida por autoridade competente;*

*II – ser precedida de citação regular, ainda que verificada a revelia;*

*III – ser eficaz no país em que foi proferida;*

*IV – não ofender a coisa julgada brasileira;*

*V – estar acompanhada de tradução oficial, salvo disposição que a dispense prevista em tratado;*

*VI – não haver manifesta ofensa à ordem pública.*

*Parágrafo único. Para a concessão do exequatur às cartas rogatórias, observar-se-ão os pressupostos previstos no caput deste artigo e no art. 974, § 2º.*

Art. 976. *Não será homologada a decisão estrangeira na hipótese de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira.*

*Parágrafo único. O dispositivo também se aplica à concessão do exequatur à carta rogatória.*

*Art. 977. O cumprimento de decisão estrangeira far-se-á perante o juízo federal competente, a requerimento da parte, conforme as normas estabelecidas para o cumprimento de decisão nacional.*

*Parágrafo único. O pedido de execução deverá ser instruído com cópia autenticada da decisão homologatória ou do exequatur, conforme o caso”.*

A maior inovação do NCPC – relativamente ao reconhecimento de decisão estrangeira –, diz respeito à possibilidade de concessão de *exequatur* às *decisões de urgência, cautelares e interlocutórias* (produção de provas, *v.g.*) [cfr. “Art. 974. É passível de execução a decisão estrangeira concessiva de medida de urgência”], e mesmo às decisões *fnais*, para medidas assecuratórias de seu cumprimento, *v.g.* (a teor do art. 973 § 3.º “A autoridade judiciária brasileira poderá deferir pedidos de urgência e realizar atos de execução provisória no processo de homologação de decisão estrangeira”).

Inclusive, mui modernamente, o NCPC prevê, outrossim, a possibilidade de concessão de *exequatur* às *medidas de urgência* mesmo quando ainda não formado o *contraditório*, dès que seja assegurado em momento posterior (*verbis*: “Art. 974. [...] § 2.º A medida de urgência concedida sem audiência do réu poderá ser executada, desde que garantido o contraditório em momento posterior”).

Ainda a esse respeito, a atual versão do NCPC suprimiu polêmico (e, em nosso sentir, equivocado) dispositivo previsto na versão original do Anteprojeto que preceituava que a “*decisão que denegar a homologação da sentença estrangeira revogará a tutela de urgência*” (cfr. art. 880 § 2.º). Ora, cabe, evidentemente, ao Brasil, no exercício de sua soberania e na preservação da ordem pública e de garantias essenciais (cfr. NCPC arts. 975 e 976, além dos requisitos igualmente previstos na LArb, na Convenção de NY e na Resolução nº 9/2005-STJ), controlar a exequibilidade de decisão estrangeira no país;<sup>41</sup> entretanto, isso não significa que a decisão proferida aqui possa ter o condão de *invadir* jurisdição estrangeira, “*revogando*” a tutela de urgência concedida no exterior, a quem cabe unicamente o juízo acerca da *urgência* da medida (a teor do próprio NCPC art. 973 § 3.º: “*O juízo sobre a urgência da medida compete exclusivamente à autoridade jurisdicional prolatora da decisão estrangeira*”). Pode-se, assim, apenas e tão somente denegar-lhe eficácia em território nacional.

Tratava-se, portanto, a nosso ver, de equivocado dispositivo, que foi corretamente suprimido na nova e atual versão do NCPC, que ora se examina.

41. Nesse exercício, o NCPC passou, inclusive, a expressamente admitir a possibilidade de homologação *parcial* da sentença estrangeira, a teor de seu art. 973 § 2.º, *verbis*: “*A decisão estrangeira poderá ser homologada parcialmente*”.

## 2.8. Alteração da LArb 33 § 3.º

Por derradeiro, ainda relativamente à arbitragem, houve uma última disposição, constante no art. 1.075 do NCPC, que procurou *harmonizar* o cumprimento da sentença arbitral ao novo regime da *fase de cumprimento de sentença* (judicial), *verbis*:

“Art. 1.075. O art. 33, § 3º, da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 33. ....

.....

§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença, nos termos do art. 539 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.” (NR)”.

Assim, com a abolição, para essa hipótese, dos *embargos à execução, agora impugnação ao cumprimento de sentença* (no caso, arbitral), o NCPC, com este artigo, promoveu alteração formal (e necessária) na LArb art. 33 § 3.º, a fim de adequá-lo e harmonizá-lo com a nova disciplina processual do referido instituto.<sup>42</sup>

Contudo, ainda subsiste hipótese em que poderá haver a oposição de *embargos à execução* contra sentença arbitral, qual seja, na hipótese de execução de sentença arbitral contra a Fazenda Pública. Nesse sentido, com a possibilidade de entes públicos se submeterem à arbitragem, a eventual sentença condenatória da Fazenda Pública não terá seu procedimento de execução alterado, de tal sorte que a defesa continuará a ser feita via *embargos à execução*.<sup>43-44</sup> Neste sentido, melhor seria constar do texto que a nulidade poderá ser requerida “*na impugnação ao cumprimento da sentença ou em embargos, nos termos das regras processuais pertinentes, se houver execução judicial*”.

## 3. CONCLUSÃO

Relativamente à arbitragem, objeto de nosso estudo neste artigo, o NCPC, em nosso sentir, traz mais avanços que retrocessos, ainda que pudesse ser aprimorado num ou noutro ponto.

42. Cfr. Francisco José Cahali. *Curso de arbitragem*, 3.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, nº 12.4.4, pp. 312/313.

43. V. NCPC art. 926, *verbis*:

“CAPÍTULO V

DA EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Art. 926. Na execução fundada em título extrajudicial, a Fazenda Pública será citada para opor embargos em trinta dias.

§ 1º Não opostos embargos ou transitada em julgado a decisão que os rejeitar, expedir-se-á precatório ou requisição de pequeno valor em favor do exequente, observando-se o disposto no art. 100 da Constituição Federal.

§ 2º Nos embargos, a Fazenda Pública poderá alegar qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento.

§ 3º Aplica-se a este Capítulo, no que couber, o disposto nos artigos 548 e 549”.

44. Sobre o tema, v., amplamente, Francisco José Cahali. *Curso de arbitragem*, 3.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, nº 12.7, pp. 325/326.

Nesse contexto, em relação ao atual Código de Processo Civil, o NCPC traz importantes avanços no que toca à arbitragem, harmonizando-se melhor com a nossa Lei de Arbitragem, e trazendo boas inovações, especialmente quanto à relação de *co-operação* entre Poder Judiciário e a Arbitragem (com a criação da Carta Arbitral), na alegação de convenção de arbitragem, segredo de justiça, e *reconhecimento de sentença arbitral estrangeira*, máxime com o melhor tratamento para a *concessão de exequatur à carta rogatória*.

Essas são, em suma, nossas primeiras impressões sobre os impactos que o NCPC terá na arbitragem. Constituem-se, por óbvio, impressões iniciais, a serem decantadas na prática e aprimoradas pela doutrina e jurisprudência, para que o tempo diga efetivamente os acertos e desacertos da nova codificação que ora se elabora.

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Amaral, Guilherme Rizzo. *O anteprojeto do novo CPC e os prejuízos à arbitragem*, disponível no sítio eletrônico Migalhas <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI110149,81042-O+anteprojeto+do+novo+CPC+e+os+prejuizos+a+arbitragem>, acessado em 26.6.2013.
- Andrighi, Nancy; e Foley, Gláucia Falsarella. *Sistema multiportas: o Judiciário e o consenso*, in Folha de São Paulo, Tendências e Debates, 24.6.2008.
- Armelin, Donaldo. *Arbitragem e o novo código de processo civil*, in Revista de Arbitragem e Mediação, Coordenação: Arnaldo Wald, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 28, 2011.
- Arruda Alvim, Eduardo; e Granado, Daniel Willian. *Novo CPC sistematiza conciliação e mediação*, in Revista Consultor Jurídico, em 22 de junho de 2011, disponível no sítio eletrônico <http://conjur.com.br/2011-jun-22/cpc-sistematiza-conciliacao-mediacao-supre-lacunas>, acessado em 26.6.2013.
- Arruda Alvim Netto, José Manoel de. *Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo*, in Dantas, Bruno (org.). *Revista de informação legislativa – Novo Código de Processo Civil*, nº 190, t. 1, Brasília: Senado Federal, abril/junho-2011.
- Baptista, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial e internacional*, São Paulo: Lex Magister, 2011.
- Barrocas, Manuel Pereira. *Manual de arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2010.
- Basso, Maristela. *Curso de direito internacional privado*, 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Atlas, 2011.
- Batista Martins, Pedro A. *Arbitragem no direito societário*, São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Aspectos jurídicos da arbitragem comercial no Brasil*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1990.
- Cahali, Claudia Elisabete Schwerz. *O Gerenciamento de Processos Judiciais em busca da efetividade da prestação jurisdicional*, Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, no prelo
- Cahali, Francisco José. *Curso de arbitragem*, 3.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Medidas de urgência na arbitragem e o novo regulamento do CAM-CCBC*, in Revista de Arbitragem e Mediação, Coordenação: Arnaldo Wald, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 33, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Arbitragem e o Projeto de Código de Processo Civil*, in José Anchieta da Silva. *O Novo Processo Civil*, São Paulo: Lex/Magister, 2012.
- Carmona, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Arbitragem e processo*, 3.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Atlas, 2009.

- Dantas, Bruno (org.). *Revista de informação legislativa – Novo Código de Processo Civil*, nº 190, ts. 1 e 2, Brasília: Senado Federal, abril/junho-2011.
- Fichtner, José Antonio; Mannheimer, Sergio Nelson; e Monteiro, André Luís. *Cinco pontos sobre a arbitragem no Projeto do Novo Código de Processo Civil*, in *Revista de Processo*, Coordenação: Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 205, Março/2012.
- Freire, Alexandre *et alii* (orgs.). *Novas tendências do processo civil – estudos sobre o projeto do novo código de processo civil (baseado no relatório apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, em novembro de 2012)*, Salvador: JusPodivm, 2013.
- Gaillard, Emmanuel. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2008.
- Gama e Souza Junior, Lauro. *Contratos internacionais à luz dos princípios do Unidroit 2004 – Soft law, Arbitragem e Jurisdição*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- Grinover, Ada Pellegrini. *Conciliação e mediação judiciais no Projeto de Novo Código de Processo Civil*, in Dantas, Bruno (org.). *Revista de informação legislativa – Novo Código de Processo Civil*, nº 190, t. 1, Brasília: Senado Federal, abril/junho-2011.
- Guerrero, Luis Fernando. *A arbitragem e o novo CPC*, in *Jornal Valor Econômico*, em 31 de janeiro de 2012.
- Magalhães, José Carlos de; e Baptista, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.
- Marinoni, Luiz Guilherme; e Mitidiero, Daniel. *O projeto do CPC – críticas e propostas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- Montenegro Filho, Misael. *Projeto do novo código de processo civil – confronto entre o CPC atual e o projeto do novo CPC (com comentários às modificações substanciais)*, São Paulo: Atlas, 2011.
- Nunes, Thiago Marinho. *A prática das anti-suit injunctions no procedimento arbitral e seu recente desenvolvimento no direito brasileiro*, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 5, jan-mar/2005, p. 32.
- Polido, Fabrício B. P. *Direito internacional da propriedade intelectual: fundamentos, princípios e desafios*, Rio de Janeiro: Renovar, 2013.
- Rodvalho, Thiago. *Cultura do litígio*, in *Jornal Gazeta de Limeira, Coluna Fatos & Direito*, 1.º Caderno, p. 2, em 16.6.2013.
- \_\_\_\_\_; e Tripodi, Leandro. *Aspectos da arbitragem securitária no contexto de projetos de infra-estrutura: uma análise do caso Jirau à luz de princípios da arbitragem internacional e do direito brasileiro*, no prelo.
- Silva, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito da empresa – dogmática e implementação da cláusula compromissória*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- Soares, Guido Fernando S. *Arbitragens comerciais internacionais no Brasil – vicissitudes*, in RT 641, São Paulo: Revista dos Tribunais, Março/1989.
- Sombra, Thiago Luís. *A constitucionalidade da arbitragem e sua disciplina no Anteprojeto de CPC*, in Dantas, Bruno (org.). *Revista de informação legislativa – Novo Código de Processo Civil*, nº 190, t. 2, Brasília: Senado Federal, abril/junho-2011.
- Tavares Guerreiro, José Alexandre. *Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*, São Paulo: Saraiva, 1993.
- Van den Berg, Albert Jan. *The New York Arbitration Convention of 1958*, Deventer: Kluwer Law, 1981.
- Watanabe, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*, in Flavio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo: DPJ Editora, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Modalidade de mediação*, in CJF. *Mediação: um projeto inovador* (Série Cadernos do CEJ), v. 22, Brasília: CJF, 2003.

# CONCEITUAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA, DA TUTELA CAUTELAR E DA TUTELA DE EVIDÊNCIA

*FREDERICO AUGUSTO LEOPOLDINO KOEHLER<sup>1</sup> E  
GABRIELA EXPÓSITO TENÓRIO MIRANDA<sup>2</sup>*

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS E A MULTIVOCIDADE SEMÂNTICA DO TERMO TUTELA

É com muita honra que aceitamos o convite para participar desta obra, por se tratar de um estudo sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil aprovado pelo Senado e com substitutivo em vias de ser aprovado pela Câmara dos Deputados.

A intenção da obra é, pois, tratar dos institutos presentes no Projeto. Neste artigo tratar-se-á brevemente da antecipação dos efeitos da tutela, da tutela cautelar e da tutela da evidência de forma mais conceitual. Confrontaremos as ideias do ministro Luiz Fux e do professor Eduardo José da Fonseca Costa sobre a tutela da evidência.

Sabe-se que o termo “tutela” não é apenas empregado no sentido de tutela jurisdicional; ele é usado para designar outros institutos jurídicos, tais como a tutela presente no Código Civil<sup>3</sup>. Trata-se, pois, de um termo plural semanticamente.

Nesse diapasão, outros significados do termo são importantes tais como: “tutela de urgência” e a “tutela da evidência”, a seguir analisados.

- 
1. Juiz Federal. Professor Assistente do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Mestre em Direito pela UFPE. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Membro da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo – ANNEP.
  2. Advogada.
  3. Tutela no Código Civil Brasileiro é um poder ou encargo conferido a alguém para administração de bens do tutelado ou para representar ou assistir o menor de 18 anos nos atos da vida civil.

## 2. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA X TUTELA CAUTELAR.

É importante frisar que o termo tutela de urgência é utilizado pelo Projeto do Novo Código de Processo Civil<sup>4</sup> como gênero para as espécies tutela antecipada e tutela cautelar, conforme se pode verificar no artigo 301 abaixo transcrito:

Art. 301. A tutela antecipada de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz poderá, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer; a caução poderá ser dispensada se parte economicamente hipossuficiente não poder oferecê-la.

§ 2º A tutela antecipada de urgência pode ser concedida liminarmente.

§ 3º A tutela antecipada poderá ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito.

Tal classificação, todavia, não é adequada, já que, como será pormenorizado abaixo, a antecipação de tutela é uma técnica utilizada para solucionar situações que, em regra, não podem aguardar a resolução judicial comum em virtude da possibilidade de perecimento do direito a ser tutelado ou para evitar grave prejuízo à parte interessada pelo decurso do tempo. Seu surgimento deu-se pelo fato de o procedimento ordinário, muito por não se adequar à enorme complexidade dos inúmeros direitos que podem ser processualizados, não é, em boa parte, o meio idôneo para a prestação da tutela jurisdicional<sup>5</sup>.

Já a tutela cautelar é prestação prometida, e devidamente cumprida, cuja característica essencial é a necessidade, premente, de proteção a um direito – dito acautelado<sup>6</sup> – em virtude do risco de dano a ele<sup>7</sup>.

4. Na versão do substitutivo adotada pela Comissão na data de elaboração deste artigo.

5. MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004, p.192 e ss.

6. A situação acautelada, em alguns casos, pode ser até mesmo um simples fato, como a posse. Vide, por exemplo, art. 1.280 do Código Civil.

7. Renomados doutrinadores como Giuseppe Chiovenda (**Instituições de direito processual civil**. 2 ed. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1942, v. 1) Ugo Rocco (**Tratado de derecho procesal civil**: proceso cautelar. Buenos Aires: Depalma, 1977, v. 5), Francesco Carnelutti (**Derecho y proceso**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971), Piero Calamandrei (**Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945) e Pontes de Miranda (**Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, t. 12), dedicaram-se ao estudo da tutela cautelar. Adota-se, contudo, a teoria de Ovídio Baptista sobre a referida tutela, que se aproxima, em boa parte, da ideia ponteano. Para o professor gaúcho, a tutela cautelar é forma de tutela jurisdicional que visa a proteger o direito acautelado sem satisfazê-lo. O necessário sobre a tutela cautelar é ter a noção de que dentro dessa categoria existem duas situações distintas: o direito à cautela e o direito acautelado (que, por vezes, a seu ver, pode ser uma simples situação de fato). Há uma distinção entre a situação jurídica que se pretende assegurar e a pretensão jurídica realizada. Tal segurança não busca de forma alguma antecipar a realização do direito acautelado, fato que diferencia tal tutela da antecipação. Para explicar o problema da cautelaridade, Ovídio diferencia “segurança-de-uma-execução”, que é o que se deve entender por

No entanto, a contraposição entre tais formas de prestação jurisdicional é de toda equivocada, uma vez que enquanto a tutela cautelar é um tipo de tutela jurisdicional (leva-se em conta a função exercida pela tutela, no caso dar segurança à situação acautelada), a tutela antecipada é uma técnica procedimental para a obtenção da tutela (independente de sua natureza jurídica, seja cautelar, seja satisfativa) antes da certificação do direito. É técnica, pois, de adaptação do procedimento às nuances do caso concreto.

Nesse sentido, Didier Jr., Sarno Braga e Oliveira entendem, tal qual posto acima, pela impossibilidade metodológica de contraposição entre a tutela cautelar e a técnica antecipatória<sup>8</sup>.

Para eles, a classificação a qual abarca a técnica antecipatória é a que tem por base a estabilidade da decisão antecipatória<sup>9</sup>. Assim, pode-se classificar a tutela em definitiva e provisória: a primeira fundada numa decisão não mais sujeita, salvo eventual rescindibilidade, a revogação, reforma ou invalidação; a segunda, em decisão sujeita a alguma (ou algumas) hipótese de instabilidade acima. Deve-se, por fim, ressaltar que as expressões tutela provisória e tutela definitiva são, pelo exposto acima, elípticas, porquanto provisoriedade e definitividade são marcas da decisão que enseja as tutelas, não delas em si. Falar, portanto, em tutela provisória, é falar, valendo-se de uma elipse, em tutela prestada a título (= decisão) provisório<sup>10</sup>.

Ainda de acordo com os autores acima, a tutela definitiva se divide em satisfativa<sup>11</sup> e não satisfativa. A primeira onde se discutiu o direito material e a não-satisfativa ou assecuratória surge em decorrência da necessidade de proteção prévia a um direito<sup>12</sup>.

Até para demonstrar, de forma plena, a impossibilidade de contrapor a tutela cautelar e a técnica antecipatória, traz-se à baila a seguinte comparação: a) a tutela cautelar tem por objeto não a satisfação de um direito (exceto o direito à cautela<sup>13</sup>), mas sim assegurar a satisfação, a segurança da execução, na expressão consagrada por Pontes de Miranda<sup>14</sup>. Exemplificativamente, necessita-se da oitiva de uma testemunha que se encontra em estado grave de saúde com risco de morte. O interessado, em face

---

cautelar, da “execução-para-segurança” que é a execução urgente diferente do primeiro caso, onde é necessário assegurar uma execução futura. Nesse sentido, ver SILVA, Ovídio A. Baptista. **Teoria da Ação Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.11-49.

8. DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 2, p. 477.

9. Idem, p. 457.

10. GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa. Ação Material e Tutela Cautelar. In: COSTA, Eduardo Jose da Fonseca, MOURAO, Luiz Eduardo Ribeiro, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coords.). **Teoria Quinária da Ação**. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 583-587.

11. Fredie Didier divide a tutela satisfativa em: tutela de certificação de direitos (declaratória, constitutiva e condenatória) e a de efetivação (realização dos direitos, tutela executiva, em sentido amplo). Nesse sentido, ver DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael, op. cit., p. 452.

12. DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael, op. cit., p. 452.

13. SILVA, Ovídio A. Baptista. **Do Processo Cautelar**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 72.

14. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1939, t. 8, p. 289-305.

disso, pela via da ação cautelar de assecuração de provas, pede ao Estado-juiz a oitiva. Pede-se, assim, uma medida cautelar (assecuratória), pois, no caso, sequer se pode falar em admissibilidade da prova a ser assegurada (quem dirá em produção dela); assegura-se, com isso, uma futura e eventual produção, daí assecuração da prova; b) já a dita tutela antecipada (técnica antecipatória, mais tecnicamente) é técnica procedimental que, em virtude de variadas situações, possibilita um pronunciamento por parte do Estado-juiz em momento diverso do ordinariamente estabelecido, sem a necessidade, acima de tudo, de certificação do direito a ser realizado. Realiza-se, pois, sem se certificar. Uma quebra, sem dúvida, do corolário-mor do paradigma racionalista da Ciência Processual Moderna, o princípio do *nulla executio sine titulo*<sup>15</sup>. A concessão de alimentos provisionais, na forma estabelecida pelos arts. 852 e segs. do CPC, é exemplo emblemático disso. Os alimentos que se recebe por tal via não são, no mundo real (*locus* onde a tutela é perceptível), menos alimentos do que aqueles que a parte obterá com a execução definitiva da sentença condenatória ao pagamento de alimentos, por exemplo. A diferença, no caso, é da estabilidade da decisão que enseja a tutela do direito (certificado ou não, conforme o caso) aos alimentos, e não deles em si. Trata-se de verdade que, conquanto inconveniente aos autores fiéis ao mencionado paradigma da processualística moderna, é, do ponto de vista retórico, difícilíssima de ser falseada. ]

Dito isso, pode-se prosseguir, passando a tratar apenas da técnica antecipatória da tutela, mais especificamente dos pressupostos para a sua utilização, objeto deste capítulo.

### 3. O PROBLEMA DA SUMARIEDADE DA COGNIÇÃO

Uma das características da técnica antecipatória é a sumariedade da cognição<sup>16</sup>. A cognição sumária é aquela que “*conduz o magistrado a um juízo de probabilidade*”<sup>17</sup>. A sumariedade também está presente na tutela cautelar (independentemente do momento de sua prestação) não só do ponto de vista material, já que não há supostamente possibilidade de exaurimento da questão, mas também sob o ponto de vista formal, por conta de seu procedimento<sup>18</sup>.

É essencial destacar que as noções acerca do conceito decognição de Ovídio Baptista e Didier Jr., Sarno Braga e Oliveira são distintas. Os três últimos seguem os estudos de Kazuo Watanabe, utilizando o termo cognição para designar o processo como um todo e não só a atividade do juiz, porém, em sua obra, utilizam também cognição para indicar a natureza da atividade do órgão jurisdicional<sup>19</sup>. Asseguram que a finalidade da cognição é a produção do resultado final da tutela jurisdicional: a decisão, havendo um direito à cognição adequada<sup>20</sup>.

15. SILVA, Ovídio A. Baptista. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.112-115.

16. DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael, op. cit., p. 456.

17. Idem, p. 456.

18. SILVA, Ovídio A. Baptista. **Teoria da Ação Cautelar**, op. cit., p. 102-114.

19. WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. São Paulo, RT, 1987, p.40.

20. Idem, p. 46.

Existindo o direito à cognição adequada, Watanabe remete à ideia de que nem sempre a cognição será exauriente, já que ela terá que se amoldar ao direito<sup>21</sup> da parte. Assim, para garantir uma cognição adequada, ela deverá ser analisada sob dois aspectos, verdadeiras restrições ao emprego dela, quais sejam, os planos cognitivos horizontal e vertical. No primeiro, estão os limites objetivos ao conhecimento do magistrado; esse ficará restrito à análise de questões processuais, das condições da ação e do mérito. O sentido vertical se refere ao grau de profundidade; é aqui que Watanabe divide a cognição em exauriente e sumária<sup>22</sup>.

Ovídio Baptista, em contraponto a Kazuo Watanabe, afirma que a cognição pode ser incompleta pela superficialidade da análise jurisdicional, resultante de uma redução na área de cognição, havendo aqui um corte horizontal (o juiz poderá conhecer todas as matérias – não apenas as trazidas por Watanabe – só que superficialmente), é o que ocorre numa liminar interdital nas possessórias ou no mandado de segurança<sup>23</sup>. O corte vertical, por sua vez, impossibilita a análise de uma área completa de questões, como no processo cambiário<sup>24</sup>. Essas noções de cognição e sumariedade fornecidas por Ovídio Baptista serão as adotadas neste trabalho.

#### 4. PRESSUPOSTO GENÉRICO PARA A TÉCNICA ANTECIPATÓRIA: O JUÍZO DE SIMPLES VEROSSIMILHANÇA (FUMUS BONI JURIS).

Os pressupostos<sup>25</sup> centrais para concessão da tutela de urgência são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*<sup>26</sup>. Há, todavia, a depender do caso, outros pressupostos. Didier Jr., Sarno Braga e Oliveira, por exemplo, dividem os pressupostos para concessão da tutela antecipada. Para eles, há pressupostos gerais, quais sejam, a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações<sup>27</sup>, e pressupostos alternativos, como o perigo da demora e o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu<sup>28</sup>.

O *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, contudo, são genéricos. Entre eles, o perigo da demora será pormenorizado abaixo, no item relativo à antecipação da tutela com base na urgência. Cinge-se, neste momento, ao primeiro (aparência do direito).

---

21. Em sua obra, Watanabe não traz explicitamente ser o plano material o local de existência do direito em análise. Para fins deste trabalho, entretanto, é necessária a compreensão de ser material o problema dos cortes feitos na cognição.

22. WATANABE, Kazuo, op. cit., p.83.

23. SILVA, Ovídio Baptista da. O Contraditório nas Ações Sumárias. **Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 254-255.

24. Assim, SILVA, Ovídio Baptista da, op. ult. cit., p. 254.

25. Diz-se pressuposto o elemento essencial para que o suporte fático ingresse no plano da existência. Requisitos são os elementos que integram a qualificação do fato para que este ingresse no plano da validade. Por fim, condições são fatores extrínsecos de que o fato necessita para ingressar no plano da eficácia. COSTA, Eduardo José da Fonseca. **O direito vivo das liminares**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 35.

26. Idem, p. 35.

27. DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael, op. cit., p. 488.

28. Idem, p.496-498.

A aparência do direito (*fumus boni iuris*) é um dos possíveis graus (algo somente possível de aferição no caso concreto) de verossimilhança sobre as afirmações do autor. O juízo de simples verossimilhança, embora não suficiente para prolação de uma decisão definitiva quanto ao direito afirmado, é apto para ensejar a antecipação da tutela satisfativa do direito.

Pela literalidade do CPC de 1973, seja pelo art. 273, I, seja pelo art. 461, § 3º, tem-se a falsa ideia de que tais pressupostos (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) são indispensáveis, e que a ausência de um deles acarretaria a não concessão da tutela. Tal ideia será rechaçada neste trabalho, uma vez que, para a tutela reintegratória do direito violado, exigir a configuração do perigo é algo que, além de contraditório com a ideia de tutela não preventiva, se levado a cabo, descaracteriza, por completo, este importante tipo de tutela dos direitos.

Tratar-se-á, nesse trabalho, como já firmado no título deste item, o juízo de simples verossimilhança como pressuposto genérico para qualquer tipo de antecipação da tutela, fundada na urgência ou não, satisfativa do direito tutelado ou simplesmente assegurativa dele. A verossimilhança das afirmações feitas em juízo é, portanto, um pressuposto para o deferimento de todas as antecipações da tutela<sup>29</sup>.

Paralelamente à ideia de juízo de simples verossimilhança, alguns autores, baseados na literalidade do texto normativo vigente (art. 273, *caput*, CPC, mais especificamente), aludem à ideia de prova inequívoca. Passe-se a analisar, mais detidamente, tal noção.

Para alguns autores<sup>30</sup>, a prova inequívoca da verossimilhança das alegações é uma exigência mais rigorosa do que a simples verossimilhança (*fumus boni iuris*).

Primeiramente, José Carlos Barbosa Moreira assegura que, apesar de o legislador unir essas duas noções (prova inequívoca e verossimilhança), para a concessão da antecipação de tutela basta a convicção de ser verossímil a alegação da parte, não se exigindo a certeza<sup>31</sup>.

Ademais, o citado autor não atribuiu ao termo prova inequívoca o sentido de convencimento pela simples persuasão. Para ele, prova inequívoca é aquela que só possui um sentido. Dessa forma, em seu entender, um depoimento testemunhal poderá ser prova equívoca ou inequívoca, sendo inequívoca quando não demonstrar contradição<sup>32</sup>. Com essa noção de prova inequívoca e considerando a verossimilhança como uma probabilidade, tais elementos estariam em harmonia, segundo afirma<sup>33</sup>.

29. Abaixo, tratar-se-á, de modo mais analítico, da chamada tutela de urgência extremada pura, cuja autoria científica deve-se a Eduardo José da Fonseca Costa, algo que, num primeiro momento, vai de encontro à afirmação feita acima.

30. DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael, op. cit., p.490.

31. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas**. Temas de direito processual – oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 78.

32. Idem, p. 80.

33. Idem, p. 81.

Todavia, a noção apresentada por Barbosa Moreira não traduz a correta acepção do termo, a não ser no caráter “dicionarizado”. Para entender de fato o que é a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações, é imperativo distinguir prova de convencimento judicial:

A prova existe para convencer o juiz, de modo que chega a ser absurdo identificar prova com convencimento, como se pudesse existir prova de verossimilhança ou prova de verdade. A intenção da parte, ao produzir a prova, é sempre a de convencer o juiz<sup>34</sup>.

De forma crítica ao autor em comentário, Luiz Guilherme Marinoni afirma que a noção de prova inequívoca de Barbosa Moreira torna impossível ao juiz antecipar os efeitos da tutela sem estar convencido, já que, para tanto, ele precisa se basear numa prova que indique para uma única direção<sup>35</sup>.

O presente artigo, por suas diminutas dimensões, não tem por objeto esmiuçar as ponderações e conceituações sobre o termo prova inequívoca empregado no *caput* do art. 273 do CPC.

Deve-se dizer, no entanto, ser pertinente a crítica feita por Marinoni à ideia de Barbosa Moreira. Prova inequívoca não pode (como requisito da antecipação dos efeitos da tutela) ser aquela que indica apenas em uma direção. Dessa forma, não se estaria por tratar de um juízo de simples verossimilhança, e sim de um juízo de verdade, já que o magistrado anteciparia os efeitos da tutela com uma certeza absoluta sobre o que se prova. Ora, aquilo que indica em uma só direção não deixa margem para dúvidas.

A prova inequívoca é, sem dúvida, uma exigência mais rigorosa do que a simples verossimilhança e, portanto, não essencial para ela. Para o emprego da antecipação dos efeitos da tutela, afirma-se categoricamente, basta a verossimilhança preponderante, afora outros pressupostos contingenciais, como o perigo da demora.

A verossimilhança pode ser vista como um ponto médio na escala de probabilidade de algo, ou se pode relacionar a verossimilhança com a cognição e afirmar que é um grau de aproximação da verdade<sup>36</sup>.

Acerca do tema, é essencial a análise das lições proferidas por Piero Calamandrei. Para o autor florentino, todas as provas (independente do grau de “certeza”) são provas de verossimilhança. Por conseguinte, a valoração do magistrado a essas provas sempre o levará a proferir um juízo de probabilidade e de verossimilhança. Não há sentido, na visão do autor, falar-se em verdade absoluta no processo<sup>37</sup>.

---

34. MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12.ed. São Paulo: RT, 2011, p. 167.

35. Idem, p. 167-168.

36. FLACH, Daïsson. **A Verossimilhança no Processo Civil e sua Aplicação Prática**. São Paulo: RT, 2009, p. 67.

37. CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el Proceso Civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: E.J.E.A., 1973, v. 3, p. 317-321. Vale ressaltar que não há que buscar a verdade por intermédio da prova. A prova tem como finalidade o convencimento do juiz. Na realidade, não há nem como tratar de uma verdade nos processos, visto que sempre o juiz proferirá sua decisão baseado na verossimilhança, ou seja, no que foi convencido após a produção probatória. Nesse sentido, ver MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**, op. cit., p. 167.

Vai além o autor referido, afirmando que, do ponto de visto lógico-psicológico, há razão em se distinguir o juízo de verossimilhança do juízo de verdade<sup>38</sup>. Todavia, na prática o magistrado está, de certa forma, “condenado” a proferir decisões fundadas em graus diversos de verossimilhança<sup>39</sup>.

Assente-se, portanto, à tese de que a verossimilhança é aquilo que tem aparência de ser verdadeiro<sup>40</sup>. Há, de fato, diversos graus: o grau mais alto, e assim mais próximo ao que aparenta ser verdadeiro, é o fundado na prova inequívoca.

No juízo de simples verossimilhança, o magistrado se baseia em alegações que a parte apresenta como verdadeiras, e que aparentam ser verdadeiras, com fulcro em provas contundentes (diferente das inequívocas).

Nesse sentido, valendo-se do exemplo da liminar nas ações reintegratórias, a prova da afirmação do ilícito (e, conseqüentemente, da diminuição da esfera jurídica da parte) induz o juiz a deferir a tutela apenas com base na verossimilhança das alegações.

Mas o fato de não ser possível alcançar uma verdade absoluta não exime o juiz do dever de julgar estando convencido pelos argumentos e fatos que lhe são trazidos. Tal exigência, entretanto, é para o julgamento definitivo, não para o deferimento da tutela de modo antecipado<sup>41</sup>.

Mister frisar que a simples verossimilhança não pode ser colocada ao lado da convicção de verdade. É conhecida a divisão da convicção do juiz em convicção de verdade e convicção de verossimilhança. Todas, porém, são produtos de um juízo de verossimilhança, em graus distintos, obviamente<sup>42</sup>.

Para o deferimento de uma medida liminar<sup>43</sup> (por intermédio da técnica antecipatória da tutela), por exemplo, basta o segundo tipo de convicção, a fundada na simples verossimilhança.

A dificuldade de prova e a natureza do direito material, por exemplo, são dados suficientes para justificar uma redução nas exigências para o emprego da técnica acima<sup>44</sup>. Marinoni afirma, nesse sentido, ser equivocada a afirmação de que a verossimilhança

38. No mesmo sentido, afirma Luiz Guilherme Marinoni que a decisão do magistrado sempre será baseada na verossimilhança (**Antecipação da tutela**, 12.ed. São Paulo: RT, 2011, p. 167).

39. CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil**, op. cit., p. 322.

40. Idem, p.325.

41. MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**, op. cit., p. 167.

42. Idem, p.167-168.

43. O termo liminar já foi empregado neste trabalho. Trata-se de termo semanticamente plúrimo. É preciso, pois, ao menos na superficialidade, definir seus contornos. No Processo Civil, liminar é a tutela jurisdicional que poderá ser concedida com o despacho da petição inicial ou após a oitiva da parte contrária. Para o autor toda liminar tem natureza antecipatória, sendo liminar cautelar quando antecipar a segurança e liminar satisfativa se antecipar o direito afirmado em juízo. A decisão que julga procedente ou não o pedido de liminar está fundado em uma cognição sumária, havendo um juízo de verossimilhança, assim o juiz deve sempre procurar se convencer das alegações de uma das partes, nunca se afastando, todavia da verossimilhança dessas alegações. COSTA, Eduardo José da Fonseca, op. cit., p. 39.

44. MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**, op. cit., p. 169.

varia da tutela cautelar para a antecipação dos efeitos da tutela satisfativa (chamada por ele de tutela antecipatória)<sup>45</sup>.

É comum na processualística, dispensando, por isso, maiores referências, a ideia de que há pressupostos distintos, no que tange ao grau de verossimilhança, para o deferimento da liminar cautelar, para a antecipação dos efeitos da tutela satisfativa e para a prolação da liminar no procedimento do mandado de segurança. Diz-se, com base nisso, que, para o deferimento da primeira, é necessária a demonstração sumária do direito alegado (art. 804 do CPC); já para a segunda seria preciso estar configurado, na esteira do artigo 273, *caput*, do CPC, a prova inequívoca da verossimilhança das alegações, enquanto que, para a última, nos moldes do art. 7º da Lei n.º 12.016/09, a relevância do fundamento alegado pela parte.

Essa análise superficial do direito positivo, que se apega, em boa medida, à literalidade do texto normativo, não entende que tais noções (verdadeiros conceitos jurídicos indeterminados) são apenas lugares comuns (*topoi*) sobre os quais recai a argumentação jurídica empregada pelo aplicador do direito. As diferenças cerebrinas para justificá-las são, na atuação prática – *locus* adequado para preenchimento dos conceitos jurídicos indeterminados –, falseadas. O pressuposto genérico para o emprego de qualquer técnica antecipatória da tutela é só um: o juízo de simples verossimilhança (= *fumus boni juris*: termo consagrado pela tradição jurídica). Isso é defendido por Eduardo José da Fonseca Costa, a cujo entendimento nos filiamos<sup>46</sup>.

## **5. A URGÊNCIA NA SATISFAÇÃO DO DIREITO AFIRMADO E A EVIDÊNCIA DA AFIRMAÇÃO SOBRE ELE: CONTINGÊNCIA, NUM MOMENTO, E CUMULATIVIDADE, NOUTRO, DE TAIS PRESSUPOSTOS PARA A AQUISIÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL À TÉCNICA ANTECIPATÓRIA**

### **5.1. Considerações iniciais**

Neste item demonstrar-se-á a ideia de que, além do juízo de simples verossimilhança, a técnica antecipatória, em muitas vezes, baseia-se também na urgência; noutros casos, todavia, o juízo de simples verossimilhança é suficiente. A classificação das tutelas em de urgência e de evidência, tão em voga atualmente, muito por força do Novo CPC, cujo texto externa a segunda, só tem sentido se se estiver diante da técnica antecipatória. Na verdade, urgência e evidência são pressupostos, por vezes concorrentes, noutras vezes cumulativos, para o deferimento de tal técnica. A importância deste item, do ponto de vista metodológico, é, sem dúvida, manifesta.

O Novo CPC aprovado trata da tutela da evidência no seu artigo 306, *in verbis*:

45. Idem, p. 171.

46. COSTA, Eduardo José da Fonseca, op. cit., p. 39-41.

Art. 306. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional, quando:

I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental-mente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa.

Parágrafo único. A decisão baseada nos incisos II e III deste artigo pode ser proferida liminarmente.

Observa-se que, para o Projeto do Novo CPC, a tutela da evidência será concedida independentemente da demonstração do perigo, bastando a caracterização do abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, ou, ainda, a presença dos requisitos indicados nos incisos II e III., Importa frisar a adoção, pela Comissão que elaborou o projeto, da noção do instituto idealizada pelo Ministro Luiz Fux.

Vencidas essas primeiras considerações, iniciaremos o estudo da tutela antecipada fundada no perigo e, posteriormente, da tutela da evidência em espécie.

## 5.2. Tutela antecipada fundada no perigo: a urgência como pressuposto para o deferimento da tutela

Restou demonstrado que a medida liminar poderá ser baseada apenas na verossimilhança, ou nela em conjunto com a urgência, e por vezes, como afirma Eduardo Costa, proferir-se-á uma decisão com base apenas na urgência extremada<sup>47</sup>.

Na antecipação da tutela, em regra, estarão presentes (independente da nomenclatura adotada) o perigo da demora e a aparência do direito. Não é o que ocorre na medida liminar fundada na tutela da evidência, em que só há a análise da verossimilhança da alegação.

Um caso de tutela antecipada que se funda, senão exclusivamente ao menos de modo preponderante, no perigo, é a liminar deferida contra planos de saúde, em que o magistrado, pressionado com a urgência da internação, por exemplo, defere a medida liminar sem analisar a verossimilhança da alegação. Se chegar a analisar tal pressuposto o fará de modo *en passant*.

---

47. Eduardo Costa, valendo-se de uma análise pragmática, apresenta a tutela de urgência extremada pura que se contrapõe à tutela de evidência extremada pura. A primeira tutela é aquela onde o magistrado, diante de uma urgência latente, não verifica o pressuposto da fumaça do bom direito. Já a segunda tutela é a que adotamos como a tutela da evidência propriamente dita, em que o juiz, para deferir a medida liminar, só analisa o *fumus boni iuris*. COSTA, Eduardo José da Fonseca, op. cit., p. 71-92.

Não é o objeto deste artigo, sequer deste item, pormenorizar o estudo da antecipação da tutela fundada na urgência. Sua colocação deveu-se apenas à necessidade metodológica de, para a análise da espécie a ela contraposta, defini-la.

### **5.3. A antecipação da tutela com base apenas no juízo de simples verossimilhança: a chamada tutela da evidência.**

#### **5.3.1. Considerações prévias**

O estudo da tutela da evidência vem ganhando fôlego nos últimos tempos. Suas raízes, todavia, são antigas. Pode-se falar, até mesmo, em origens romanas do instituto<sup>48</sup>. Não há sentido em dizer que se trata de uma novidade jurídica. O Novo CPC em vias de ser aprovado pela Câmara dos Deputados apenas consolida algo já existente de há muito. Não haverá a criação no direito positivo pátrio do instituto da tutela da evidência. Seria o mesmo que sustentar que a antecipação dos efeitos da tutela é uma criação da Lei n.º 8.950/94, que modificou os arts. 273 e 461, ambos do CPC.

Optamos, a seguir, por expor o pensamento de dois autores que estudaram o tema de modo aprofundado. O primeiro é Luiz Fux, que o analisou em sua tese de cátedra (UERJ); o segundo, Eduardo José da Fonseca Costa, em sua dissertação de mestrado (PUC-SP).

#### **5.3.2. A tese de Luiz Fux**

Luiz Fux assegura que a tutela da evidência, assim como a tutela antecipada e a tutela cautelar, são baseadas na urgência, já que o processo ordinário com sua lentidão gerará um atraso na satisfação da pretensão<sup>49</sup>.

Na tutela da evidência, o tipo do direito lesado ou prestes a ser lesado, considerado como direito evidente, caracteriza a espera da parte como injusta. O Ministro do STF utiliza como requisito da tutela da evidência a forma como o direito se apresenta, e não a verossimilhança.

Para o citado autor, a tutela da evidência é baseada no direito evidente, ou seja, aquele direito que é manifestamente claro pelas provas apresentadas ao juiz acerca de sua plausibilidade. É evidente o direito que pode ser, *prima facie*, afirmado através de prova documental. Exemplos apontados por ele são o direito líquido e certo do mandado de segurança, o direito fundado em fatos incontroversos e, obviamente, o direito decorrente de decadência ou prescrição<sup>50</sup>.

---

48. No próximo capítulo, quando da análise da liminar reintegratória de posse, colacionar-se-á algumas referências de autores romanistas acerca do ponto.

49. FUX, Luiz. **Tutela de segurança e Tutela da Evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 306.

50. Idem, p. 313-316.

Traz à tona, ademais, a ideia de que a tutela da evidência é, basicamente, levar aos direitos evidentes o regime jurídico da tutela de urgência<sup>51</sup>, ou seja, admitir-se o provimento imediato.

No que tange ao problema da sumarização, Luiz fux defende que não há, em se tratado de tutela da evidência, sumariedade material (não há um corte cognitivo vertical, na profundidade da alegação): “*a liminar, in casu, é deferível mediante cognição exauriente, decorrência mesmo da evidência, diferentemente do que ocorre nos juízos de aparência peculiares à tutela de urgência cautelar ou de segurança*”<sup>52</sup>.

Há, para ele, sumariedade formal, já que existirá uma compressão no procedimento, porém o procedimento será ordinarizado de acordo com o entendimento do magistrado acerca da evidência ou não do direito.

A tutela da evidência proposta por Fux é mais ampla e tem condão de alcançar todos os processos e procedimentos, possuindo como finalidade estender a tutela antecipatória a todos os direitos evidentes<sup>53\_54</sup>.

### 5.3.3. A tese de Eduardo José da Fonseca Costa

Eduardo Costa utiliza o termo “evidência” como sinônimo de *fumus boni iuris*<sup>55</sup>.

Com base na sua definição de evidência, traz a supracitada tutela da evidência extremada sem urgência, em que a medida liminar é concedida sem a análise do perigo do dano. O juiz, por exemplo, se depara com um caso em que a pretensão (no plano material) é de existência quase certa e a parte não apresenta o *periculum in mora*. O grau de periculosidade é fraco e assim o juiz profere a decisão sem apreciar o perigo da demora, visto que a evidência do dano é latente. O *fumus boni iuris* deixa de ser um dos elementos para tornar-se o elemento essencial para o deferimento da medida liminar, e o perigo de demora será dispensado em face da elevado grau do *fumus boni iuris*<sup>56</sup>.

Pode-se dizer, portanto, que a antecipação de tutela com base na tutela da evidência é deferida pelo magistrado após a análise da simples verossimilhança. Como já explicado anteriormente, a verossimilhança se apresenta em diferentes graus, e em tal tutela (da evidência) o grau de verossimilhança é altíssimo, ocasionando o convencimento do juiz.

---

51. Idem, p. 309.

52. FUX, Luiz, op. cit., p. 310.

53. Idem, p. 318

54. Acerca do tema, Fredie Didier Jr. Paula Braga e Rafael Oliveira tratam da tutela da evidência ao art. 273, § 6º, do CPC. Eles traçam uma ligação entre a evidência e a incontrovérsia acerca de parte do objeto da demanda. Afirnam que tal disposição não é caso de antecipação de tutela e sim de resolução parcial do mérito, havendo uma sentença parcial. A parte incontroversa será julgada e formará coisa julgada material desligando-se do restante da demanda ainda não julgada, havendo um fracionamento da resolução de mérito. Para os autores, destarte, não há que se falar nos fundamentos da tutela antecipada para a concessão de uma liminar baseada na evidência (**Curso de Direito Processual Civil**, op. cit., p.527-529).

55. COSTA, Eduardo José da Fonseca, op. cit., p.71.

56. Idem, p. 71-75.

Adota-se neste artigo a noção da tutela da evidência como aquela que induz o juiz a proferir a antecipação da tutela com base apenas na evidência do direito, sem analisar o perigo de dano. Na verdade, está-se diante de um caso no qual o deferimento da tutela baseia-se apenas no *fumus boni iuris*.

A utilização do termo aparência do direito poderia aduzir a ideia de que é necessária a prova inequívoca das alegações e a verossimilhança. Porém, para fins da antecipação da tutela baseada no fato da tutela pretendida ser da evidência, não é necessária, pelas razões acima, a prova inequívoca, pelo menos não no sentido de prova que tenha um único sentido.

## 6. CONCLUSÃO

Conclui-se o presente ensaio na expectativa de que esta breve incursão na conceituação e na classificação da antecipação dos efeitos da tutela, da tutela cautelar e da tutela da evidência, bem como no estudo dos requisitos para a sua concessão, possa contribuir para as prolíficas discussões que circundam a elaboração do Projeto do Novo Código de Processo Civil, cuja aprovação definitiva já se prenuncia para muito em breve.

## 7. BIBLIOGRAFIA

- CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el Proceso Civil*. V. 3. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973.
- \_\_\_\_\_. *Introduccion al estudio sistematico de las providencias cautelares*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945.
- CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1971.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. V. 1. 2. ed. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1942.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 2. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.
- FLACH, Daisson. *A Verossimilhança no Processo Civil e sua Aplicação Prática*. São Paulo: RT, 2009.
- FUX, Luiz. *Tutela de segurança e Tutela da Evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa. Ação Material e Tutela Cautelar. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca, MOURAO, Luiz Eduardo Ribeiro, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coords.). *Teoria Quinária da Ação*. Salvador: JusPodivm, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 12.ed. São Paulo: RT, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Técnica Processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas*. Temas de direito processual – oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. T. 8. Rio de Janeiro: Forense, 1939.

- \_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil: proceso cautelar.* V. 5. Buenos Aires: Depalma, 1977.
- SILVA, Ovídio A. Baptista. **Do Processo Cautelar.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- \_\_\_\_\_. **O Contraditório nas Ações Sumárias.** Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Processo e Ideologia:** o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Teoria da Ação Cautelar.** Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil.** São Paulo: RT, 1987.

# A ARBITRAGEM NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (VERSÃO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, DEP. PAULO TEIXEIRA)

*FREDIE DIDIER JR.<sup>1</sup>*

## 1. ARBITRAGEM COMO ATIVIDADE JURISDICIONAL

O Novo Código de Processo Civil (NCPC) parece ter-se posicionado em relação à conhecida polêmica sobre a natureza da arbitragem no direito brasileiro.

O art. 3º do NCPC indica que o projeto se encaminhou para a concepção majoritária: a arbitragem é, no Brasil, jurisdição<sup>2</sup>.

O *caput* do art. 3º repete o enunciado constitucional que cuida do princípio da inafastabilidade da jurisdição: “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

Neste mesmo artigo, o legislador acrescentou um § 1º, que está assim redigido: “§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei”.

Esse parágrafo possui dois propósitos, um ostensivo e, outro, simbólico.

Ostensivamente, serve para deixar claro que o processo arbitral se submete a um microsistema jurídico, previsto em lei extravagante, servindo o Código de Processo Civil como diploma de aplicação subsidiária.

Do ponto de vista simbólico, relaciona a arbitragem ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, de modo a evitar discussões sobre se a escolha pelo juízo arbitral, com a impossibilidade de discussão do mérito da sentença arbitral, é proibida constitucionalmente. A possibilidade de submissão da questão à arbitragem é, assim, vista também como forma de concretizar o princípio de que a jurisdição, no Brasil, é inafastável e universal – há a jurisdição civil estatal, regulada pelo CPC, e a jurisdição civil arbitral, regulada por lei extravagante.

- 
1. Livre-docente (USP), Pós-doutorado (Universidade de Lisboa), Doutor (PUC/SP) e Mestre (UFBA). Professor-adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia. Professor-coordenador da Faculdade Baiana de Direito. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, da Associação Internacional de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Advogado e consultor jurídico. [www.frediedidier.com.br](http://www.frediedidier.com.br)
  2. Como, aliás, reconheceu recentemente Seção do Superior Tribunal de Justiça, no CC nº 111.230-DF, **rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 8.5.2013.**

## 2. CARTA ARBITRAL

O projeto de NCCP prevê novidade importante para, também aqui, promover uma harmonização entre os sistemas da justiça arbitral e da justiça estatal.

Consagra-se expressamente a possibilidade de pedido de cooperação entre árbitro e juiz. Esse pedido será feito por meio de carta arbitral. Eis o que dispõe o art. 237, IV, do NCCP: “Será expedida carta: (...) IV – arbitral, para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área da sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela antecipada”.

Note que não compete ao órgão do Poder Judiciário rever o mérito da decisão arbitral, para cuja efetivação se busca a sua cooperação<sup>3</sup>. Por isso o uso dos verbos “pratique” e “determine”.

Também é importante a observação de que o termo “juízo arbitral”, neste inciso, deve ser compreendido de modo bem amplo: árbitro, tribunal arbitral, presidente do tribunal arbitral e instituição administradora da arbitragem<sup>4</sup>; há quem admita que até mesmo a parte interessada possa encaminhar a carta arbitral<sup>5</sup>, desde que em cumprimento de decisão arbitral.

A carta arbitral terá de preencher os requisitos previstos no § 3º do art. 260 do NCCP: “ § 3º A carta arbitral atenderá, no que couber, aos requisitos a que se refere o *caput* e será instruída com a convenção de arbitragem e com as provas da nomeação do árbitro e da sua aceitação da função”. A carta arbitral é, assim, o instrumento do pedido de cooperação formal entre o juízo arbitral e o Poder Judiciário.

A carta arbitral é muito útil para solicitar o auxílio do juízo estatal para a efetividade das medidas tomadas pelo juízo arbitral. Assim, por exemplo, caso uma testemunha não compareça a uma audiência no processo arbitral, o juízo arbitral poderá solicitar, por carta arbitral, ao juiz estatal que conduza coercitivamente a testemunha à próxima sessão em que será ouvida (art. 22, § 2º, da Lei nº 9.307/1996, Lei de Arbitragem). Outras medidas coercitivas, assim como medidas de tutela de urgência, igualmente poderão ser determinadas pelo juízo arbitral, que solicitará, por carta arbitral, a cooperação do juiz estatal competente para efetivação da medida tomada (art. 22, § 4º, da Lei de Arbitragem), notadamente em caso de resistência.

3. FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. “Cinco pontos sobre a arbitragem no projeto do novo Código de Processo Civil”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, nº 205, p. 319.

4. “Assim, quando, por exemplo, uma arbitragem com sede no Brasil é administrada pela Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, a decisão proferida pelo árbitro e não satisfeita pela parte destinatária poderá ser efetivada no Poder Judiciário por meio da expedição de uma carta arbitral solicitada pelo secretário-geral da entidade arbitral. A mesma regra vale para as instituições arbitrais brasileiras. O presidente da câmara de arbitragem ou o secretário executivo podem, a partir da decisão tomada pelo árbitro, solicitar o apoio do Poder Judiciário”. (FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. “Cinco pontos sobre a arbitragem no projeto do novo Código de Processo Civil”, cit., p. 319.)

5. FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. “Cinco pontos sobre a arbitragem no projeto do novo Código de Processo Civil”, cit., p. 319.

O propósito da carta arbitral, portanto, é ser um instrumento de cooperação entre a jurisdição arbitral e a jurisdição estatal para primordialmente conferir efetividade às decisões proferidas pela primeira.

### **3. REGIME JURÍDICO DA ALEGAÇÃO EM JUÍZO DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM**

Uma das principais novidades trazidas pela versão do Novo Código de Processo Civil (NCPC), apresentada pela Câmara dos Deputados, é a disciplina minuciosa da alegação, pelo réu, da existência de convenção de arbitragem (arts. 345 a 350 do projeto).

O CPC/1973 é muito parcimonioso a respeito do assunto, além de não ser compatível com a prática brasileira da arbitragem.

A proposta da Câmara traz quatro grandes novidades, que serão apresentadas nos próximos itens.

#### **3.1. Impossibilidade de o órgão jurisdicional conhecer de ofício da existência de convenção de arbitragem**

Deixa-se claro, inicialmente, que a existência de convenção de arbitragem é fato jurídico que o órgão jurisdicional *não* pode conhecer de ofício (art. 349, NCPC): cabe ao réu alegar a existência de convenção de arbitragem, no primeiro momento que lhe couber falar nos autos; caso não o faça, seu silêncio será considerado como aceitação da jurisdição estatal e conseqüente renúncia ao juízo arbitral.

A premissa legislativa é óbvia: a convenção de arbitragem é cláusula negocial firmada por pessoas capazes, envolvendo direitos disponíveis. Se uma das partes desobedece a essa disposição negocial, demandando perante o Poder Judiciário, cabe a outra parte alegar esse descumprimento, demonstrando a existência da convenção de arbitragem; se não o fizer, é como se aceitasse a jurisdição estatal, de resto provocada pela parte autora, que, por isso, também renunciou tacitamente à jurisdição arbitral; assim, ambas as partes, ao aceitarem a jurisdição estatal, abdicam da convenção de arbitragem, em um distrato tácito<sup>6</sup>.

Não por acaso a proposta legislativa atribui ao silêncio do réu caráter negocial: aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral (art. 350 do projeto).

Esse regramento encerra duas antigas discussões doutrinárias.

Primeiro, encerra a discussão sobre se o órgão jurisdicional pode conhecer de ofício qualquer convenção de arbitragem (cláusula compromissória ou compromisso arbitral), ou apenas a cláusula compromissória – a combinação dos arts. 267, § 3º, e

---

6. Exatamente na linha defendida por FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. “Cinco pontos sobre a arbitragem no projeto do novo Código de Processo Civil”, cit., p. 314.

301, § 4º, do CPC/1973 deixa essa dúvida<sup>7</sup>. Agora, não há mais dúvida: a existência de qualquer espécie de convenção de arbitragem *não* pode ser conhecida de ofício pelo órgão jurisdicional. Essa é, aliás, a opção mais correta, não apenas porque de acordo com a Convenção de Nova Iorque, em vigor no Brasil desde 2002<sup>8</sup>, sobretudo se levarmos em consideração que o compromisso arbitral costuma ser ato com conteúdo mais complexo, na medida em que sempre contém todos os elementos para a instauração da arbitragem, o que nem sempre ocorre com a cláusula compromissória<sup>9</sup>.

Segundo, resolve a questão sobre até que momento é possível alegar a existência de convenção de arbitragem. Como a inexistência de convenção é pressuposto processual negativo, o § 3º do art. 267 do CPC atual (igual ao § 3º do art. 495 do NCPC) poderia levar ao entendimento de que se trata de questão que poderia ser controlada a qualquer tempo, enquanto o processo estivesse pendente. A proposta da Câmara esclarece: a alegação deve ser feita no primeiro momento que couber ao réu falar nos autos, sob pena de preclusão.

### 3.2. Forma de alegação da convenção de arbitragem

Outra grande alteração foi a criação de uma forma específica de alegação da existência de convenção de arbitragem, distinta da contestação.

O réu tem de alegar a existência de convenção de arbitragem em peça avulsa, antes de apresentar a sua contestação.

A premissa é a seguinte: embora não seja impossível, é muito rara a existência de processo arbitral que não seja sigiloso; também é muito comum que na própria convenção de arbitragem já se imponha o sigilo.

Assim, não é adequada ao sistema da arbitragem uma regra, como a do atual CPC, que imponha ao réu o ônus de alegar, ao mesmo tempo, a existência de convenção de arbitragem e todo o resto da defesa, inclusive de mérito, para a eventualidade de a primeira alegação ser rejeitada. Desta forma, o réu se prejudica, pois não se lhe garante o sigilo, contratualmente já previsto. Note que, mesmo se o órgão jurisdicional garantisse o segredo de justiça ao processo em que tais alegações foram apresentadas (art.

7. Sobre a discussão, mais recentemente, com bastante proveito, FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. “Cinco pontos sobre a arbitragem no projeto do novo Código de Processo Civil”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, nº 205, p. 311-314.

8. Art. II, nº 3, da Convenção de Nova Iorque sobre sentenças arbitrais estrangeiras, de 10.06.1958: “3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável”.

9. FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. “Cinco pontos sobre a arbitragem no projeto do novo Código de Processo Civil”, cit., p. 311.

189, IV, NCPC<sup>10</sup>, regra nova e que merece elogios<sup>11</sup>), o direito do réu permanecerá sendo violado, pois o sigilo arbitral lhe garante, também, que essas alegações sejam apresentadas tão somente perante o juízo arbitral.

De acordo com a proposta da Câmara dos Deputados, que é louvável, a alegação de convenção de arbitragem é feita de modo avulso, antes da contestação. Rejeitada a alegação, abre-se o prazo para o réu apresentar a sua contestação.

É preciso fazer algumas observações.

- a) A alegação de convenção de arbitragem deve vir acompanhada do instrumento desta convenção, sob pena de rejeição liminar (art. 345, § 1º, NCPC). Como toda convenção de arbitragem é na forma escrita, a regra é boa e evita alegações abusivas, com nítido caráter protelatório.
- b) A decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem é impugnável por agravo de instrumento (art. 1.028, III, NCPC). Realmente, trata-se de decisão interlocutória que tem de poder ser impugnada imediatamente, já que não faria qualquer sentido em diferir a sua impugnação para o momento da interposição de apelação contra a sentença (art. 1.022, §§ 1º e 2º, NCPC), quando já não teria utilidade.

Note, porém, que a decisão que acolher a alegação de convenção de arbitragem é sentença (art. 203, § 1º, NCPC) e, pois, apelável.

- c) Se o réu quiser alegar, também, a incompetência relativa do juízo, deverá fazê-lo na mesma petição. Neste caso, porém, a petição poderá ser apresentada no juízo de domicílio do réu, observado o disposto no art. 341<sup>12</sup> do NCPC (art. 345, § 3º, e art. 346, § 2º, NCPC).
- d) A forma da alegação dependerá de ter sido ou não designada a audiência de conciliação prévia, prevista no art. 335 do NCPC.

---

10. Art. 189, IV, NCPC: “Os atos processuais são públicos. Tramitam, todavia, em segredo de justiça os processos: (...) IV – que versam sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo”. Observe que esse dispositivo garante o sigilo em qualquer processo que verse sobre a arbitragem, o que inclui a execução de sentença arbitral. Na versão do Senado, falava-se apenas nos atos relativos ao cumprimento de carta arbitral; a redação da Câmara é melhor, pois garante o sigilo a qualquer processo que verse sobre a arbitragem, cujo sigilo tenha sido convencionado. Esta era a redação da versão do Senado: “Art. 164. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos: “(...)IV – que dizem respeito ao cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo”.

11. FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. “Cinco pontos sobre a arbitragem no projeto do novo Código de Processo Civil”, cit., p. 321-325.

12. “Art. 341. Havendo alegação de incompetência relativa, a contestação poderá ser protocolada no foro de domicílio do réu, fato que será imediatamente comunicado ao juiz da causa, preferencialmente por meio eletrônico. § 1º A contestação será submetida a livre distribuição ou, se o réu houver sido citado por meio de carta precatória, juntada aos autos dessa carta, seguindo-se a sua imediata remessa para o juízo da causa. § 2º Reconhecida a competência do foro indicado pelo réu, o juízo para o qual fora distribuída a contestação ou a carta precatória será considerado prevento. § 3º Alegada a incompetência nos termos do *caput*, será suspensa a realização da audiência de conciliação a que se refere o art. 335, se tiver sido designada. § 4º Definida a competência, o juízo competente designará nova data para a audiência de conciliação”.

Designada a audiência, a alegação deve ser apresentada, em petição autônoma, na própria audiência. Neste caso, o autor será intimado para manifestar-se imediatamente; se houver necessidade, a requerimento do autor, o juiz poderá conceder prazo de até quinze dias para essa manifestação (art. 345, § 2º, NCPC).

Pode o réu, porém, manifestar desinteresse na autocomposição e, assim, pedir o cancelamento da audiência (art. 335, § 5º, NCPC). Neste caso, terá o réu de, na mesma oportunidade, formular a alegação de convenção de arbitragem, nos termos acima apresentados (art. 345, § 5º, NCPC).

Não tendo sido designada audiência de conciliação, a alegação da existência de convenção de arbitragem deverá ser formulada, também em petição autônoma, no prazo da contestação.

Neste caso, a alegação desacompanhada do instrumento da convenção além de ser rejeitada liminarmente fará com que o réu seja considerado revel (art. 346, § 1º, NCPC). Observe que, neste caso, a revelia se impõe, pois o prazo de contestação já se iniciara – quando a audiência de conciliação é designada, o prazo para a contestação começa a fluir da própria audiência (art. 336, I, NCPC).

### 3.3. Alegação de convenção de arbitragem e pendência do processo arbitral

O art. 347 do NCPC consagra a importante regra da *Kompetenzkompetenz* do juízo arbitral: é dele a competência para examinar a sua própria competência. Dispõe o art. 347 que se “o procedimento arbitral já houver sido instaurado antes da propositura da ação, o juiz, ao receber a alegação de convenção de arbitragem, suspenderá o processo, à espera da decisão do juízo arbitral sobre a sua própria competência; não havendo sido instaurado, o juiz decidirá a questão”.

Trata-se de dispositivo correto e muito importante para dar o devido prestígio ao sistema arbitral: se há processo arbitral pendente, cabe ao juízo arbitral a definição de sua competência; se não houver, cabe ao órgão jurisdicional estatal decidir sobre a alegação de convenção de arbitragem.

Para bem compreendê-lo, é preciso entender a regra da *Kompetenzkompetenz* na arbitragem.

O art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), é claro ao dizer que “caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”. Eis a consagração da regra da competência do árbitro para julgar a própria competência.

A regra da *Kompetenzkompetenz* não decorre apenas da autonomia da vontade das partes na arbitragem: se fosse apenas disso, não explicaria a natureza jurisdicional de uma decisão de árbitro ou tribunal arbitral declaratória de inexistência de convenção de arbitragem. Haveria a esdrúxula situação de um árbitro com poderes jurisdicionais conferidos por um negócio jurídico inexistente. A regra da *Kompetenzkompetenz* é mais

que isso: é um reconhecimento normativo por parte do Estado de que a jurisdição, em tese sob seu monopólio, pode ser exercida prioritariamente por agentes privados em algumas circunstâncias. Assim, essa regra é uma declaração estatal de reconhecimento do direito da arbitragem como conjunto normativo em que está contido um método jurisdicional privado para solução de um determinado litígio envolvendo direitos com conteúdo preponderantemente econômico.

A regra da *Kompetenzkompetenz* estabelece uma prioridade: na pendência de processo arbitral, quem tem de *primeiro* analisar questões relativas à competência ou à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem é o próprio árbitro ou tribunal arbitral. Ela não elimina a possibilidade de exame pelo Poder Judiciário dessas questões ou torna esses temas imunes à apreciação do juiz estatal: apenas posterga a eventual análise deles para uma ação anulatória ajuizada pela parte que se sentiu prejudicada. Essa regra estabelece, pois, uma ordem cronológica eventual: na pendência de processo arbitral, a primeira análise tem de ser arbitral; em caso de reafirmação pelo árbitro ou tribunal arbitral da própria competência ou de julgamento improcedente da questão sobre inexistência, defeito ou ineficácia da convenção de arbitragem, a parte poderá, *posteriormente* à sentença arbitral, levar essa matéria para conhecimento do Poder Judiciário com eventual ajuizamento da ação anulatória do art. 33 da Lei de Arbitragem. A possibilidade dessa análise *posterior* pelo Poder Judiciário está bem evidente no art. 20, § 2º, da Lei de Arbitragem, que determina o prosseguimento do processo arbitral em caso de não acolhimento da arguição posta pela parte com fundamento nos temas do art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, “sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei”. Portanto, a regra da *Kompetenzkompetenz* do juízo arbitral é um impedimento *a priori* à cognição do juízo estatal, na pendência de processo arbitral.

A amplitude da regra da *Kompetenzkompetenz* é variada e depende de cada ordenamento jurídico. Há entendimento restritivo, que tende a ver superioridade moral ou precedência soberana do Poder Judiciário, com o que se lhe permite a apreciação sobre aquelas questões em torno da convenção de arbitragem mesmo na pendência de um processo arbitral. Há entendimento mais expansivo, que reconhece a prioridade da própria jurisdição arbitral para julgamento daquelas questões sem eliminar a possibilidade de o tema ser futuramente reapreciado pelo Poder Judiciário. Esse entendimento torna a arbitragem mais efetiva e atraente como uma alternativa à jurisdição estatal. O Brasil se situa no segundo grupo; o NCPC ratifica isso.

### **3.4. Convenção de arbitragem e extinção do processo sem resolução do mérito**

A existência de convenção de arbitragem é causa de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 495, VII, NCPC).

Esse fato pode ser reconhecido pelo juízo arbitral, no caso em que o processo arbitral é anterior ao processo estatal, ou pelo próprio órgão jurisdicional estatal, no caso de ainda não haver processo arbitral pendente (art. 348, NCPC).

Note, assim, que a extinção do processo jurisdicional estatal pode decorrer de uma decisão do juiz da causa ou como efeito anexo da decisão do juízo arbitral sobre a sua própria competência.

#### **4. HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA**

O NCPC traz dispositivo que cuida da homologação de sentença arbitral estrangeira. Trata-se do § 3º do art. 972, assim redigido: “ § 3º A homologação de decisão arbitral estrangeira obedecerá ao disposto em tratado e na lei, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições deste Capítulo”.

A opção, aqui, é bem clara: a homologação de decisão arbitral estrangeira será regida, prioritariamente, pelo microsistema jurídico da arbitragem: a Convenção de Nova Iorque, em primeiro lugar, e a Lei nº 9.307/1996, em segundo lugar. Tratado e lei federal, nesta ordem. Se o microsistema possuir alguma lacuna, avança-se para o Código de Processo Civil – e apenas nesse caso.

A opção, além de clara, é correta: as peculiaridades da arbitragem devem ser reguladas por diploma normativo específico; em se tratando de decisões arbitrais estrangeiras, esse diploma é a Convenção de Nova Iorque, vigente no Brasil desde 2002.

A regra harmoniza-se com o § 1º do art. 3º do NCPC, já comentado, que, conforme se disse, garante à arbitragem o seu próprio microsistema jurídico.

#### **5. ANULAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL E IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA**

A Lei de Arbitragem, por ter sido publicada em 1996, ainda menciona os embargos à execução de sentença, como meio de defesa do executado.

Desde 2005, a defesa do executado na execução de sentença se realiza por meio da *impugnação*.

O NCPC mantém a impugnação como meio de defesa do executado, nesse caso.

Em razão disso, aproveitou-se a oportunidade para corrigir a desarmonia legislativa. O art. 1.075 do NCPC determina a alteração do § 3º da Lei nº 9.307/1996, que passaria a vigorar com a seguinte redação: “ § 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença, nos termos do art. 539 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial”.

# A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES NO RELATÓRIO FINAL DO NOVO CPC

GLÁUCIO MACIEL GONÇALVES<sup>1</sup> E  
ANDRÉ GARCIA LEÃO REIS VALADARES<sup>2</sup>

## 1. A APROXIMAÇÃO DOS SISTEMAS DE COMMON LAW E CIVIL LAW NA CONTEMPORANEIDADE

A origem histórica dos sistemas de *Common Law* e *Civil Law* explica, com clareza, os detalhes e elementos característicos originais de cada ordem. A derrocada do Absolutismo na Inglaterra (Revolução Inglesa) e na França (Revolução Francesa) fez surtir diferentes essências na sistemática erigida para o Poder Judiciário, a culminar, assim, nos dois sistemas citados.

Na Inglaterra, berço do *Common Law*, a revolução assumiu um caráter mais conservador, sem o intuito de fundar uma ordem jurídica completamente nova. Ao contrário: a Revolução Gloriosa logrou êxito em reafirmar o Direito então preexistente, limitando o poder do Rei. Em verdade, houve, naquela ocasião, a consolidação da *supremacy of the English parliament*. Prova disso foi a elaboração do *Bill of Rights*, que, além de estipular direitos fundamentais como a liberdade e a propriedade, decretou a submissão do soberano à lei (ARGUELLES; ROIG apud MARINONI, 2011, p. 48-49).

O Poder Judiciário não teve o mesmo desfecho do Poder Executivo – o juiz inglês, por sempre ter lutado contra o absolutismo do rei, não teve sua atuação limitada pela lei. O Poder Judiciário era independente do Parlamento e podia, inclusive, controlar os atos legislativos a partir do *Common Law*. Nessa linha de raciocínio, o juiz inglês, que não estava subordinado ao Parlamento, dava legitimidade à lei e reafirmava o *Common Law*.

Por outro lado, a realidade histórica da França fez exsurgir outro modelo – o *Civil Law*. A Revolução Francesa, que também ocasionou a queda do Absolutismo, afastou o poder soberano do Rei, substituindo-o por outro poder absoluto, a Assembleia, a quem caberia a produção legislativa.

- 
1. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Adjunto de Direito Processual Civil da UFMG. Juiz Federal em Belo Horizonte.
  2. Pós-graduado em Direito Tributário pela Faculdade Milton Campos. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Advogado em Belo Horizonte.

Todavia, a Revolução na França, diferentemente da Inglesa, pretendia instituir um novo direito, expurgando todo e qualquer resquício da ordem anterior. O juiz francês, por fazer parte da aristocracia vinculada à monarquia, também deveria se resignar ao Poder Legislativo e ter seus poderes limitados pela lei.

Nesse sentido, a supremacia do Legislativo também se fazia presente sobre o Poder Judiciário, submisso à lei, a quem cabia o poder restrito de afirmar, declarar, enunciar o texto produzido pelo Parlamento. Ao juiz francês não era dado o poder de interpretar a norma emanada pelo legislativo, razão pela qual se formou o conceito de *juge bouche de la loi* (juiz boca da lei). O juiz, na França, estaria sujeito apenas à Corte de Cassação, cuja incumbência se restringia a cassar decisões judiciais prolatadas em desacordo com a interpretação tida como correta pelo Legislativo.

A história foi, sem dúvida, a responsável pelo surgimento dos dois diferentes sistemas que atribuíram distintas funções aos juízes. Porém, o passar dos anos e a evolução histórica alterou significativamente o contexto originalmente fundador do *Civil Law*.

Na utópica conclusão alcançada pela Revolução Francesa, imaginava-se que uma legislação completa e compreensível permitiria ao juiz declarar a lei sem a necessidade de interpretá-la. Não surgiriam situações de ausência ou de conflito entre normas legais. Mas, a despeito da quimera revolucionária, logo se percebeu que o texto legal permitia diversas interpretações a ensejarem decisões judiciais heterogêneas em situações semelhantes.

A própria Corte de Cassação citada acima, cujo intuito genuíno não assumia feições jurisdicionais – ou seja, não tinha a função de atribuir a correta interpretação de uma lei, mas apenas de cassar as decisões que não davam a interpretação conferida pelo Poder Legislativo –, passou a proferir o sentido correto da norma legal. No sistema jurídico brasileiro, a atribuição do Superior Tribunal de Justiça (conferida ao Supremo Tribunal Federal antes da Constituição de 1988) de zelar pela uniforme interpretação da legislação infraconstitucional sustenta a recorrente existência de divergências entre entendimentos proferidos pelos diversos juízos singulares e Tribunais.

Ademais, a evolução dos sistemas judiciais ao redor do mundo gerou outra fraqueza para o autêntico *Civil Law*, oriundo da Revolução Francesa. A noção de constitucionalização do Direito, nascida na Alemanha, sob o regime da Lei Fundamental de 1949, consignou que o sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores (BARROSO, 2007, p. 14).

Nessa ordem de ideias, as normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito. A lei, portanto, esbarra no entorno dos princípios erigidos na Constituição e depende de sua adequação com os direitos fundamentais.

O constitucionalismo, pois, ensejou transformações nas concepções essenciais do *Civil Law* – se antes o juiz apenas expressava o disposto na lei, o advento da constitucionalização fez eclodir uma nova incumbência ao Poder Judiciário, a saber, a verificação da conformidade da lei aos direitos e limites expressos na Constituição. Trata-se do controle de constitucionalidade da lei.

Com efeito, a partir desse momento, o juiz do Civil Law, na lição de Luiz Guilherme Marinoni (2007, p. 69), “passou a exercer papel que, em um só tempo, é inconcebível diante dos princípios clássicos do *civil law* e tão criativo quanto o do seu colega do *commom law*”. Evidentemente, o juiz que analisa e julga a constitucionalidade de uma lei, pode, inclusive, retirá-la do ordenamento jurídico ao qual se sujeita. Essa conclusão é totalmente inadmissível se confrontada com a tradição do *Civil Law*.

Além da submissão da lei à Constituição, a atuação do juiz mediante a concretização de regras abertas e normas programáticas exige que se vá além do texto legal, buscando solução nos princípios e valores constitucionais e ampliando sua discricionariedade (FARIA, 2003). Ao agir dessa maneira, não há dúvidas de que o juiz do *Civil Law* está criando o Direito, tarefa semelhante ao juiz do *Commom Law*.

O que se percebe é a aproximação entre a função dos juízes do *Commom Law* e do *Civil Law* em decorrência da evolução histórica e jurídica, especialmente da superação dos ideais revolucionários franceses, já não mais necessários nos dias atuais. Nessa linha de raciocínio, ultrapassado o dogma de que a lei seria suficiente para a garantia da segurança jurídica do jurisdicionado – diante de inúmeras decisões judiciais conflitantes sobre a mesma norma jurídica – e da indispensabilidade de uniformização de jurisprudência pelos Tribunais Superiores, a devoção aos precedentes, elementar ao *Commom Law*, exsurge como a esperada solução para a insegurança jurídica e para a ausência de isonomia criadas no atual estágio do ordenamento jurídico brasileiro.

## 2. A TEORIA DOS PRECEDENTES NO RELATÓRIO FINAL DO PROJETO DO NOVO CPC

A ideia da necessidade de elaboração de um novo Código de Processo Civil, materializada por meio do Ato 379/09 do Senado Federal, pautou-se no objetivo de garantir simplicidade da linguagem e da ação processual, a celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação. Intenta-se, ademais, estimular não apenas a inovação, mas a modernização dos procedimentos previstos no diploma processual.

Dentre as diversas novidades, a uniformidade e a estabilidade da jurisprudência receberam grande ênfase desde o anteprojeto do novo código elaborado pela Comissão indicada pelo Senado e exsurgiram como pilares para assegurar isonomia entre os jurisdicionados. A propósito, a exposição de motivos do anteprojeto (BRASIL, 2010) asseverou:

(...) haver, indefinidamente, **posicionamentos diferentes** e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da **mesma norma jurídica**, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de condutas diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos.

Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. (grifos no original)

Nesse sentido, com o objetivo de fortalecer a força da jurisprudência dos Tribunais Superiores e de garantir a uniformidade horizontal (entre o mesmo Tribunal) e a uniformidade vertical (entre os Tribunais Superiores e os Tribunais regionais), duas foram as sugestões.

Primeiramente, reforça-se e moderniza-se o instituto da Resolução de Demandas Repetitivas. Esse regime de julgamento recebeu no anteprojeto capítulo próprio dentro dos procedimentos nos Tribunais e determina a vinculação da tese jurídica acatada pelo Tribunal a todos os processos que versarem sobre idêntica questão de direito. No Relatório Final do Projeto de Lei 8.046/10, todavia, limitou-se a vinculação apenas aos processos que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal prolator da decisão do incidente<sup>3</sup>. Caso haja decisão de primeira instância ou mesmo do Tribunal que não observe a decisão julgada sob o rito de demandas repetitivas, caberá reclamação ao Tribunal competente.

Sem dúvida, trata-se de importante mecanismo de se evitar a massificação de processos e recursos aos Tribunais, de modo a padronizar o entendimento firmado pelo Tribunal. Contudo, evidencia-se do mesmo modo a necessidade de análise minuciosa da questão jurídica *sub judice* pelo Tribunal, sob pena de se construir o incidente com pouca solidez.

Em segundo lugar, a Comissão de Juristas previu, como disposições gerais do procedimento nos Tribunais, o propósito e o zelo pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência. Este escopo seria alcançado, segundo o anteprojeto, observando-se o seguinte: (i) deverão ser editadas súmulas a respeito da jurisprudência dominante; (ii) os órgãos fracionários obedecerão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores, nesta ordem; (iii) a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal orientará as decisões de todos os órgãos a ele vinculados; e (iv) a jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores servirão de orientação para os Tribunais regionais e para os juízos singulares.

Entretanto, no Relatório Final do Projeto de Lei 8.046/10, dada a importância conferida a esta novidade, decidiu-se por alterar a localização desta previsão. Criou-se, então, um capítulo específico – Do Precedente Judicial – inserido no Título “Do Procedimento Comum”, parte do Livro “Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença”. Assim, numa mudança que talvez tenha um efeito mais simbólico, demonstrou-se que a uniformização da jurisprudência não é função que compete apenas aos Tribunais; mais do que isso, o zelo pela padronização das decisões judiciais deve partir dos juízes de primeira instância. Noutros termos, de nada adianta uniformizar a jurisprudência nos Tribunais se os juízes de primeiro grau não têm a obrigação de segui-la.

Nesse sentido, diante da percepção de que uma mesma norma jurídica admite variadas e conflitantes interpretações, pensou-se na solução de conferir mais força ao precedente judicial. A ideia originalmente atribuída ao sistema de *Civil Law* – a lei seria suficiente para dirimir os conflitos sociais – acabou por sucumbir diante da nova

---

3. Art. 995. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versarem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal.

realidade do sistema jurídico brasileiro, exigindo-se a atribuição de maior força aos precedentes judiciais – característica típica do *Common Law*.

O disposto nos artigos 520 a 522 do Substitutivo ao Projeto de Lei 8.046/10 advindo do Relatório Final do Deputado Paulo Teixeira propaga a Teoria dos Precedentes Judiciais, que, embora já utilizada e observada por alguns juízes, nunca foi expressamente tratada e inserida no sistema jurídico brasileiro.

Objeto de estudo de doutrinadores brasileiros, a Teoria dos Precedentes Judiciais foi erigida no projeto de lei como esforço para a consecução das finalidades assentadas para uma nova ordem processual no país, que mira otimizar a efetividade do processo judicial por meio de sua funcionalidade, eficiência e celeridade.

#### a) Princípios invocados

O texto do Projeto de Lei 8.046/10, com as alterações promovidas até a elaboração do Relatório Final, dispõe no art. 521<sup>4</sup> que a efetividade da uniformização e da

---

4. Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas:

I – os juízes e tribunais seguirão as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os juízes e os tribunais seguirão os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos e os precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

III – os juízes e tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, e dos tribunais aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;

IV – não havendo enunciado de súmula da jurisprudência dominante, os juízes e tribunais seguirão os precedentes:

a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional;

b) da Corte Especial ou das Seções do Superior Tribunal de Justiça, nesta ordem, em matéria infraconstitucional;

V – não havendo precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, os juízes e órgãos fracionários de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal seguirão os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nesta ordem;

VI – os juízes e órgãos fracionários de tribunal de justiça seguirão, em matéria de direito local, os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nesta ordem.

§ 1º A modificação de entendimento sedimentado poderá realizar-se:

I – por meio do procedimento previsto na Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando tratar-se de enunciado de súmula vinculante;

II – por meio do procedimento previsto no regimento interno do tribunal respectivo, quando tratar-se de enunciado de súmula da jurisprudência dominante;

III – incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou na causa de competência originária do tribunal, nas demais hipóteses dos incisos II a VI do *caput* deste artigo.

§ 2º A modificação de entendimento sedimentado poderá fundar-se, entre outras alegações, na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida.

§ 3º A decisão sobre a modificação de entendimento sedimentado poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

estabilização da jurisprudência coincide com o respeito aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia.

Os princípios evocados no texto legal, indubitavelmente, são respostas aos problemas detectados pela comunidade jurídica decorrentes da coexistência de diversos entendimentos judiciais incompatíveis. Exemplos desses inconvenientes são o tratamento diferenciado de casos idênticos, a imprevisibilidade das consequências jurídicas de certa conduta e a impossibilidade de determinação, *a priori*, do comportamento tido como conforme a lei.

Com efeito, o emaranhado de decisões judiciais nos mais diversos sentidos, apesar de se fundar no princípio processual do livre convencimento do julgador, conduz à quebra da respeitabilidade e da credibilidade do Poder Judiciário. A decisão judicial proferida em sentido contrário à orientação dominante nos Tribunais, apesar de fazer valer a opinião pessoal do juiz, consiste em desprezo pelo próprio Poder do qual faz parte, além de desrespeito ao jurisdicionado, que se vê obrigado a se utilizar da sabidamente demorada via recursal.

Nessa linha de raciocínio, os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia objetivam afirmar a máxima já consolidada no *Common Law: treat like cases alike*. A estabilidade e a previsibilidade das decisões judiciais são essenciais para a realização dos princípios supracitados.

Ao se certificar a força do precedente judicial, o jurisdicionado tem a certeza de que determinado ato é aceito ou não pelo ordenamento jurídico. Essa convicção é

§ 4º O órgão jurisdicional que tiver firmado a tese a ser rediscutida será preferencialmente competente para a revisão do precedente formado em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, ou em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos.

§ 5º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de precedente, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos.

§ 6º A modificação de entendimento sedimentado, sumulado ou não, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 7º O efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo decorre dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado.

§ 8º Não possuem o efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo os fundamentos:

- I – prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão;
- II – não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão.

§ 9º O precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo poderá não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando.

fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa.

§ 10. Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

suficiente para assegurar-lhe a adoção de ações conforme a lei, gerando-lhe expectativa e confiança na realização de suas condutas. Além disso, tem a segurança de que a conduta praticada por outrem não terá desfecho díspar, afastando a intranquilidade de se sentir prejudicado pelo próprio órgão de Justiça.

É nesse sentido o argumento de Neil MacCormick (2005, p. 18):

No que tange ao Estado de Direito, as pessoas podem ter, antecipadamente, razoável certeza a respeito das regras e padrões segundo os quais sua conduta será julgada e sobre os requisitos que elas devem satisfazer para dar validade jurídica às suas transações. (tradução livre)

Ademais, referir-se ao princípio da duração razoável do processo equivale resguardar o cidadão da desnecessidade de se levar o feito até a última instância – no caso, aos Tribunais Superiores – para ver afirmado um direito que já se consolidou no entendimento destes Tribunais. A prolação de decisões contrárias a precedentes já firmados nos Tribunais compele o jurisdicionado a atravessar o tortuoso e lento caminho dos recursos, apontados, talvez, como os maiores vilões na atual sistemática processual brasileira, objetos também de ampla reforma no projeto de novo código.

Vale atentar, ainda, que o respeito aos precedentes poderá consistir na redução do número de recursos, aliviando e desafogando os Tribunais pátrios, de forma a se concretizar dois outros modernos princípios de índoles constitucional e processual: a economia processual e a eficiência do Poder Judiciário.

#### **b) Hipóteses de aplicação vinculante dos precedentes**

O mesmo artigo 521 do Projeto de Lei 8.046/10 com as modificações sugeridas pelo Relator Paulo Teixeira, além de especificar os princípios que pretende garantir aos jurisdicionados, elenca como os juízes de primeira instância e os Tribunais devem proceder a fim de uniformizar e estabilizar a jurisprudência. Dispõe o PL que os juízes e os tribunais seguirão os precedentes, na seguinte ordem:

- i. Decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) em controle concentrado de constitucionalidade;
- ii. Enunciados em súmula vinculante, acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- iii. Enunciados em Súmulas do STF, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e dos Tribunais aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;
- iv. Do Plenário do STF, em matéria constitucional, ou Corte Especial ou Seções do STJ, em matéria infraconstitucional, nesta ordem;
- v. Do plenário ou do órgão especial dos Tribunais a que estiverem vinculados;
- vi. Em matéria de direito local, do plenário ou do órgão especial dos Tribunais a que estiverem vinculados.

Com efeito, a sequência prevista no novo CPC privilegia, a princípio, outros institutos já existentes no ordenamento brasileiro, como a súmula vinculante e os recursos repetitivos. Importante observar que tais institutos foram criados exatamente

para orientar os demais tribunais e juízos singulares. Entretanto, na atual sistemática, apenas a Súmula Vinculante tem efeito obrigatório, inclusive à administração pública direta e indireta, federal, estadual ou municipal. No caso da previsão do novo Código, obviamente, a vinculação abrange apenas os demais órgãos do poder judiciário – como expresso em cada um dos incisos descritos.

Nesse sentido, a importância da indicação específica de cada um dos precedentes dispostos na estrutura elaborada é afirmar a sua vinculação ainda que não formulado por meio de Súmulas ou não originado de recursos repetitivos. As decisões do plenário ou dos órgãos especiais dos Tribunais, caso inexistentes as hipóteses dos incisos anteriores e desde que se subsumam à característica do precedente judicial, deverão ser observadas pelos juízes e tribunais hierarquicamente inferiores.

### c) Aspectos e efeitos do “*overruling*”

Os §§ 1º a 6º do aludido artigo 521 aludem à possibilidade de alteração da jurisprudência dominante ou de seu precedente – o chamado, na Teoria dos Precedentes, *overruling*. É de se salientar, *ab initio*, que a ideia de se atribuir eficácia vinculante a um precedente judicial não é incompatível com a noção de superação desse precedente.

A compatibilidade do *overruling* com o sistema de precedentes obrigatórios se sustenta na possibilidade de se promover injustiça no caso concreto e de se restringir, de modo rígido, o devido (e saudável) desenvolvimento do direito. Vedar o cenário de revogação de precedentes significa dar sobrevida a efeitos não quistos percebidos como consequência ao entendimento dominante.

A propósito, Misabel Abreu Machado Derzi (2009, 270) preleciona:

A jurisprudência consolidada tende à duração indeterminada pelo princípio da continuidade e da segurança jurídica. Não obstante, de modo algum podem ser impedidas as mudanças, o novo encontro do Direito mais correto e mais justo. O Poder Judiciário não está vinculado a si mesmo, de modo que sejam dificultadas as inovações corretivas. Assim como o legislador faz continuamente leis novas que modificam as anteriores, também os juízes produzem Direito novo, em busca de soluções melhores.

O *overruling* tem cabimento quando o precedente deixa de corresponder à nova realidade econômica, política ou social ou torna-se incongruente dentro do sistema de normas e também de precedentes. Anote-se que a incongruência sistêmica consiste na ausência de coerência com outras decisões proferidas posteriormente, embora a situação enfrentada não seja similar.

Aceita-se, outrossim, a revogação do precedente na hipótese de “equivoco” do julgamento, geralmente constatado após se verificar as consequências geradas pela decisão judicial. A correção do erro de uma decisão autoriza a superação do precedente justamente a fim de evitar a perpetuação de decisões que o Tribunal sabidamente entende injustas. Entretanto, o problema reside em saber até que ponto um equivoco justifica a revogação do precedente, uma vez confrontados a necessidade de desenvolvimento do Direito e da afirmação da justiça e os princípios da previsibilidade e da confiança (MARINONI, 2011, p. 116). Certo é que a possibilidade de se corrigir “equivocos”

de decisões judiciais não pode enfraquecer o sistema de precedentes vinculantes, devendo ser realizada com cautela, podendo, segundo o PL, ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

Todavia, de nada adiantaria a previsão de vinculação de precedentes se a sua revogação ocorresse sem critérios razoáveis e justificáveis. Por essa razão, a previsão de superação do precedente judicial deve limitar sempre às hipóteses acima descritas, ocorrendo, por conseguinte, por meio de decisão com fundamentação adequada e específica. O texto do PL invoca, ainda que para a alteração de entendimento solidificado, os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, de maneira a se impedir o abuso neste permissivo, autorizando, ao Tribunal, uma análise principiológica na ponderação pela mudança dos precedentes.

Outra questão relevante também sobre a revogação de precedentes diz respeito aos seus efeitos, isto é, se retroativos ou prospectivos. Impende salientar que, regra geral, os julgamentos das cortes têm, em tese, efeitos retroativos. Significa dizer que o entendimento firmado se aplica às situações, ainda pendentes de julgamento, ocorridas antes da decisão que o fixou.

No entanto, a aplicação de entendimento superveniente a casos ocorridos pretéritamente geram preocupação quanto à violação aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. O princípio da irretroatividade não pode se limitar à lei como mero enunciado, devendo compreender a lei como sua inteligência em determinado momento, sob o risco de não se concretizar o direito à segurança (FERRAZ JR., 2008, p.11).

Nesse linha de raciocínio, o marco decisivo para a invocação do princípio da irretroatividade para a proteção de fatos jurídicos pretéritos é o momento da vigência da jurisprudência inovadora, que altera o entendimento superado. Os atos ocorridos na vigência da orientação então dominante devem ser protegidos, uma vez que se pressupõe a confiança legítima depositada pelo jurisdicionado no precedente revogado (DERZI, 2009, p. 552).

Sobre o tema, os ensinamentos de Misabel Derzi (2009, p. 553) são relevantes:

Ora, a mesma técnica, os mesmos critérios de segura aplicação do princípio da irretroatividade das leis devem reger a irretroatividade das modificações jurisprudenciais. É evidente que a confiança está pressuposta, como confiança sistêmica, difusa. Todos devem acreditar, crer, confiar honestamente nos comandos do legislador e dos tribunais superiores. E isso se protege. E se protege de modo tão intenso, que não afloram os requisitos da responsabilidade pela confiança. Não emergem, nem precisam ser invocados lá onde a segurança reina absoluta.

Ainda que o projeto do novo Código não imponha a modulação de efeitos – pelo uso do termo “podem” e da expressão alternativa sugestiva “limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos” –, a autorização legal é, ao fundo, recomendação para o resguardo, especialmente, do princípio da proteção da confiança.

#### d) Elementos vinculantes do precedente

O Projeto de Lei do novo CPC, com o Substitutivo do Relator Deputado Paulo Teixeira, preocupa-se também em definir quais seriam os elementos vinculantes do precedente. Segundo os §§ 7º e 8º do artigo 521, juízes e Tribunais devem considerar como vinculantes os fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, independentemente da formulação de súmula sobre o tema. Por outro lado, define, com clareza, que os fundamentos prescindíveis para que se alcance o resultado fixado no acórdão não possuem o efeito vinculante; tampouco, os fundamentos, mesmo que relevantes, que não foram adotados pela maioria dos membros do órgão julgado.

A questão se refere, na Teoria dos Precedentes, à definição de *ratio decidendi* e *obter dictum*. No *Common Law*, merece destaque o método de Goodhart, segundo o qual a *ratio* é identificada mediante a consideração dos fatos tratados pelo juiz como materiais ou fundamentais para a decisão (MARINONI, 2011, p. 225). Nesse sentido, em situações similares, em que fatos semelhantes são considerados como materiais ou fundamentais, o juiz está vinculado ao precedente. Entretanto, se o caso *sub judice* tenha outros fatos considerados materiais ou não tenha os fatos considerados fundamentais no precedente, a decisão poderá ser diferente, utilizando-se do instituto do *distinguishing*.

Com efeito, além dos fatos materiais, é relevante considerar as razões levadas para o encontro da solução do caso. Rupert Cross, citado por Marinoni (CROSS apud MARINONI, 2009, p. 231), preleciona que:

A *ratio decidendi* de um caso é qualquer regra de direito expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como passo necessário para alcançar a sua conclusão, tendo em vista a linha de raciocínio por ele adotada, ou uma parte de sua instrução para o júri.

Anote-se que o novo CPC preza exatamente pelos fundamentos considerados determinantes para alcance do entendimento. Ou seja, os fundamentos determinantes não se relacionam efetivamente com o resultado do feito, mas a tese jurídica adotada para se alcançar este resultado.

Já a conceituação de *obter dictum* possui íntima relação com a concepção de *ratio decidendi*. Quando se está diante da dúvida entre o que seria um e outro, a resposta vem da indagação sobre a necessidade ou não se seu enfrentamento para se chegar ao resultado. Ou seja, as opiniões ou compreensões proferidas que não sejam necessárias à solução da questão serão o que se chama de *obter dictum*.

Na previsão do novo CPC, o *obter dictum* é expressamente considerada como não vinculante, tendo em vista que os fundamentos prescindíveis ao alcance do resultado fixado no precedente, ainda que presentes no acórdão, não têm seguimento obrigatório pelos juízes e Tribunais.

Note-se, por fim, que os fundamentos adotados pela minoria dos membros do Tribunal, ainda que relevantes e presentes no acórdão, não constituem vinculação

obrigatória por um motivo lógico: tais fundamentos obviamente não podem constituir precedentes – ou melhor, não estão compreendidos no conceito de *ratio decidendi*.

### e) Aspectos e efeitos do “*distinguishing*”

O projeto de novo Código de Processo Civil, ao importar a Teoria dos Precedentes Judiciais, corretamente introduz relevante instrumento de viabilização de afirmação de justiça no caso concreto. Trata-se do instituto do *distinguishing*, aquele que prescreve a necessidade de distinção entre casos para o efeito de se vincular, ou não, a situação sob análise a um precedente já firmado.

A noção de *distinguishing* passa, necessariamente, pela análise da hipótese fática cotejada com os elementos vinculantes do precedente judicial. Daí a importância de se compreender a *ratio decidendi* do precedente, de modo a verificar, especialmente, os fatos materiais levados em consideração para se alcançar a solução alcançada.

Note-se que os fatos considerados imateriais ou irrelevantes podem ser diferentes daqueles do precedente judicial, sem que isso provoque a inaplicabilidade do precedente. A diferenciação para a não utilização do precedente deve ocorrer nos fatos materiais, ou seja, aqueles considerados necessários para a solução do caso. Havendo divergência entre os fatos materiais do precedente e do caso concreto, o juiz deve, fundamentadamente, justificar a não aplicação do precedente judicial.

A ideia de *distinguishing* deve ser sempre utilizada com cautela para se evitar a promoção de injustiça no caso concreto, seja por se aplicar o precedente a hipótese materialmente diversa, seja por não empregar o precedente em situação semelhante.

Além dos fatos materiais e imateriais, o *distinguishing* tem lugar também nas hipóteses em que o precedente firmado deixou de examinar questão jurídica colocada ao juízo posterior. Ou seja, caso haja nova argumentação não analisada quando do julgamento do precedente, o juiz, acolhendo tal argumentação, pode adotar solução jurídica diversa.

Infere-se, pois, que a técnica de distinção milita, a um só tempo, para a estabilidade dos precedentes e para o desenvolvimento do Direito (MARINONI, 2011, p. 333). Isso porque, por estabelecer a extensão do precedente judicial, torna justificadamente maleável o precedente firmado, admitindo, eventualmente, novas realidades e situações anteriormente não tratadas. Assim, sem que seja necessário aplicar direta e indistintamente o instituto do *overruling*, o *distinguishing*, ao manter a vinculação do precedente, colabora para uma possível transição de entendimento.

## 3. CONCLUSÃO

A inovação, talvez a mais proeminente, inserida no anteprojeto do novo Código de Processo Civil se refere à atribuição de efeitos vinculantes a precedentes judiciais, estabelecendo um novo paradigma de uniformização e estabilização da jurisprudência.

Essa novidade, baseada na Teoria dos Precedentes Judiciais, tem forte influência do sistema do *Common Law*, em que o precedente judicial tem robusta importância. No entanto, como admitir que o Brasil, tradicionalmente um país que adota o *Civil Law*, possa introduzir em seu ordenamento dispositivo tão predisposto ao *Common Law*?

Com efeito, a evolução histórica desconstituiu a tradicional origem do *Civil Law*, ou seja, a ideia inicial deste sistema. Nascida com os ideais revolucionários da Revolução Francesa, o objetivo era restringir a atuação dos juízes ao texto da lei, numa verdadeira supremacia do Poder Legislativo. Contudo, o desenvolvimento do Direito com o passar do tempo alterou a função do juiz no sistema do *Civil Law*. A constitucionalização dos direitos fundamentais e a elaboração de regras abertas elevaram o juiz do *Civil Law* a outro patamar, autorizando-o a interpretar a norma jurídica e completando-a quando necessário.

As funções dos juízes do *Civil Law* e do *Common Law*, portanto, muito se assemelharam, aproximando os dois sistemas. Nesse sentido, diante das decisões judiciais sobre a mesma norma por vezes conflitantes, buscou-se, junto ao *Common Law*, uma possível solução: a atribuição de efeitos vinculantes aos precedentes judiciais.

Pretende-se, dessa forma, incorporar ao ordenamento jurídico processual brasileiro a Teoria dos Precedentes Judiciais, importando, obviamente, alguns de seus institutos acessórios, como o *overruling* e o *distinguishing*. Tais técnicas de revogação de precedentes e diferenciação das situações fáticas exsurtem como métodos de evolução do próprio sistema, impedindo a estagnação do Direito e a injustiça no caso concreto.

A modificação a ser trazida pela Teoria dos Precedentes Judiciais, por se tratar de uma das mais profundas alterações sugeridas no novo CPC, certamente exigirá adequação da cultura jurídica, especialmente dos juízes e dos Tribunais. Além disso, se bem aplicada, poderá consistir em considerável redução do número de incidentes processuais, resultando, por conseguinte, na concretização da almejada duração razoável do processo.

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARGUELLES, Juan Ramón de Páramo; ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. Los derechos en la revolución inglesa. In FERNÁNDEZ, Eusebio; PECES-BARBA, Gregorio (org). **Historia de los derechos fundamentales – Transito a la modernidad: siglos XVI y XVII**. T.1. Madrid: Dykinson, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, número 9, mar/abr/mai, 2007.
- BRASIL. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.
- CARRAZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudências – competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – questões conexas. In FERRAZ JR., Tércio Sampaio et al. **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. São Paulo: Manole, 2008.

- DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2009.
- FARIA, José Eduardo. **Direito e justiça no século XXI: a crise da justiça no Brasil**. Disponível em: < <http://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf>>. Acesso em 29 de julho de 2013.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In FERRAZ JR., Tércio Sampaio et al. **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. São Paulo: Manole, 2008.
- MACCORMICK, Neil. **Rethoric and the rule of law – a theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **O projeto do CPC – críticas e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme (Coord). **A força dos precedente – estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR**. São Paulo: Juspodivm, 2012.



# GARANTISMO PROCESSUAL E PODERES DO JUIZ NO PROJETO DE CPC

GLAUCO GUMERATO RAMOS<sup>1</sup>

Em 1895 foi publicado o Código de Processo Civil (CPC) austríaco. Naquele momento, era Ministro da Justiça Franz Klein, importante político do império Austro-Húngaro. Na mesma época era professor titular de direito processual na Universidade de Viena o jurista Antón Menger, fundador do chamado *socialismo jurídico*. É de Menger, por exemplo, o clássico *El derecho civil y los pobres* (Granada: Comares, 1998, trad. Adolfo Posada). Após devidamente publicado, este CPC ficou por dois anos sendo estudado pela comunidade de advogados, juízes e professores, antes de entrar em vigor. Em 1995, ao completar 100 anos da publicação deste CPC austríaco, o professor titular de processo civil da Universidade de Bari, o italiano Franco Cipriani, fez um importantíssimo estudo demonstrando que na Viena de 1897 – ano em que o CPC entrou em vigor – os advogados ameaçaram “se rebelar”, já que aquele Código de Processo Civil estava dotando os juízes com “mãos de ferro” e isso redundaria no enfraquecimento das liberdades públicas. Publicado em 1995 na Itália, o texto de Cipriani foi intitulado *Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)*. Neste texto, Franco Cipriani lembra que na exposição de motivos daquele CPC, Klein não titubeou em afirmar que: i) o processo civil era encarado como um “mal social” a gerar influência na economia nacional; ii) o processo deve ser tratado como objeto social; iii) deveria ser realçado o viés *publicista* do processo civil, com enfraquecimento do papel das partes litigantes; iv) estavam sendo reforçados os poderes do juiz no processo. Enfim, o processo civil era visto como um instrumento de Estado para o controle social.

No Brasil, atualmente tramita na Câmara dos Deputados um Projeto de Lei que pretende criar um novo Código de Processo Civil para o país. Não é por outra razão que alguns textos sobre o tema têm sido publicados na imprensa em geral e aqui eu gostaria de destacar alguns que foram publicados na seção “Tendências/Debates”, do jornal Folha de São Paulo. Um deles foi claramente contrário às bases autoritárias do Projeto, e foi escrito em co-autoria pelos professores Ives Gandra e meu amigo Antonio Cláudio da Costa Machado. Outro, defendendo o Projeto de novo CPC e suas linhas gerais, até porque ambos compõem a equipe de juristas que trabalham para aperfeiçoá-

---

1. Mestrando em direito processual civil na PUC/SP e na Universidad Nacional de Rosario (UNR – Argentina). Membro dos Institutos Brasileiro (IBDP), Iberoamericano (IIDP) e Panamericano de Direito Processual. Advogado em Jundiaí-SP.

-lo na Câmara dos Deputados, de autoria dos meus amigos Fredie Dider Jr. e Luiz Henrique Volpe de Camargo. O terceiro, reforçando a ideia de que o este Projeto de CPC é autoritário e por isso mesmo viabilizará toda sorte de arbítrio judicial, com o enfraquecimento das garantias processuais das partes, foi escrito pelo professor Milton Paulo de Carvalho e por Ruy Martins Altenfelder Silva. Apesar de só conhecê-los “de nome”, destaco que o professor Milton Paulo é expressivo processualista de São Paulo em razão de sua produção acadêmica e vinculação aos meios universitários. Ruy Altenfelder é personalidade muito atuante no Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP).

Têm razão aqueles que veem no Projeto do novo CPC fortes aspectos autoritários que viabilizarão o aumento do arbítrio judicial, que por imperativo lógico sempre estará em desacordo com o ambiente republicano e democrático em que vivemos desde a nossa Constituição de 1988. O Projeto, nesse ponto, é um verdadeiro *gattopardismo* processual, já que muito muda para que ao fim pouco reste efetivamente alterado, para ficarmos com imagem literária que nos foi projetada por Giuseppe Tomasi di Lampedusa. É dizer: o Projeto segue com um processo civil onde se confirma o protagonismo judicial em detrimento das garantias processuais constitucionais; um Projeto que parece menos destinado a regular o processo e mais vocacionado a viabilizar um dirigismo decorrente da atividade judiciária, como afirmaram os professores Milton Paulo e Ruy Altenfelder (“Tendências/Debates”, 08/out/2012).

Que fique claro que aqui não se está acusando ninguém de autoritário ou arbitrário, em especial a plêiade dos juristas-processualistas que vêm se empenhando e se dedicando em prol deste Projeto de CPC. O que se quer com este debate é chamar a atenção da sociedade brasileira e dos operadores do processo jurisdicional no sentido de que as diretrizes dogmáticas do Projeto seguem enaltecendo o protagonismo judicial, e essa certamente não é a receita para se construir um Código de Processo Civil republicano e democrático e que, por isso mesmo, esteja rigorosamente compatível com a ordem Constitucional a qual estamos submetidos.

Reconhece-se que essa lógica de seguir aumentando os poderes dos juízes deriva da própria desconfiança que todos temos em relação à ineficiência dos demais Poderes da República e dos próprios desnivelamentos existentes no tecido social. Mas o fato é que se optamos por viver em um ambiente republicano e democrático, deveria ser natural que o Poder seja exercido dentro destes padrões, até porque é este o padrão estabelecido em nossa Constituição.

A partir de uma mirada histórica em torno do processo civil, fundamentalmente após o CPC austríaco de 1895 que tanto influenciou outros Códigos equivalentes ao largo século XX, tanto na Europa continental como na América Latina, há um importante movimento dogmático no processualismo iberoamericano que ainda é muito pouco versado no Brasil, que é o debate entre as posturas antagônicas em torno do ativismo judicial e do garantismo processual.

O ativismo judicial segue na crença de que o juiz funciona no processo – ou deveria funcionar – como um redentor de todos os males sociais, ainda que para isso tenha que deixar de lado garantias constitucionais e legais. Ou seja, confia-se demasiadamente

no senso de “justiça” do juiz pessoa física, e isso potencializa o protagonismo judicial. Já o garantismo processual – ao qual somos integralmente adeptos – vê o processo jurisdicional como um método de debate republicano e democrático, onde o poder do juiz não pode subjugar ou ir além das garantias das partes litigantes. Vale dizer, opera-se com o processo jurisdicional dentro daquilo que está previsto no plano das garantias voltadas contra o Poder Estatal, estabelecidas na Constituição e pelo legislador democrático. Logo, e até por que os Poderes do Estado são harmônicos entre si, o garantismo processual é forte na convicção de que o protagonismo do juiz e/ou do Judiciário é rigorosamente contrário à regra constitucional da Separação dos Poderes.

Ou focamos nossos esforços em prol de um processo civil garantista, seja operando com o Código de Processo Civil em vigor, seja repensando e reestruturando as bases dogmáticas em que se sustentam o Projeto de lei que trata do novo Código, ou então prosseguiremos subservientes às arbitrariedades que – sob o sacrossanto manto da toga – são cometidas em nome do ativismo judicial e do aumento dos poderes dos juízes, sob o argumento retórico de se alcançar um processo civil “justo” orientado pela “verdade”.

Do contrário, assistiremos o triunfo do arbítrio, ainda que velado.



# O PAPEL DO RELATOR NO JULGAMENTO COLEGIADO E O PROJETO DE NOVO CPC: ALGUNS AVANÇOS EM PROL DO CONTRADITÓRIO

GUILHERME JALES SOKAL<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Há, no processo civil brasileiro, duas espécies gerais de procedimento recursal: o procedimento recursal ordinário e o procedimento recursal sumário, ou, respectivamente, procedimento recursal completo e abreviado.

O procedimento recursal completo é pautado pelo *paradigma da colegialidade*, e se dirige a pavimentar o caminho necessário a que um órgão plurissubjetivo formule um juízo sobre a pretensão veiculada no recurso. No plano teórico, parte o legislador da premissa de que o julgamento assim conduzido seria capaz de promover as virtudes do *reforço na cognição judicial*, da *garantia da independência dos membros julgadores* e da *contenção do arbítrio individual*. O procedimento recursal abreviado, por sua vez, é marcado pelo *paradigma da monocratização*, fazendo com que o julgamento assim realizado seja fruto da cognição de um único magistrado. Assim, as regras formais que disciplinam tal espécie de procedimento privilegiam, em teoria, a *celeridade do processo* na condução do recurso nos Tribunais.

As diversas etapas de que se compõem essas duas espécies de procedimento recursal devem ser submetidas a um teste rigoroso de compatibilidade com as virtudes teóricas que lhes são subjacentes. Além disso, e por imposição direta da Constituição Federal, cumpre examiná-las também à luz do conteúdo das garantias fundamentais do processo, como valores que balizam a atuação do legislador e que se destinam a transformar o processo civil em um instrumento democrático de manifestação de poder. Considerando os limites do presente trabalho<sup>2</sup>, nas linhas que se seguem far-se-á sob este ângulo o exame tão-somente do papel atribuído ao relator no procedimento recursal ordinário, voltado à deliberação colegiada, destacando a perspectiva de sensível avanço em prol do contraditório advinda da versão atual do Projeto de Novo Código de Processo Civil (PL nº 8046/2010), em tramitação na Câmara dos Deputados.

- 
1. Mestre em Direito Processual pela UERJ. Ex-Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado.
  2. Para uma análise abrangente do regime do julgamento colegiado no processo civil brasileiro, com o exame de cada etapa formal de que se compõe o procedimento recursal à luz das três virtudes teóricas subjacentes à colegialidade – *i.e.*, reforço da cognição judicial, independência dos membros julgadores e contenção do arbítrio individual – e das garantias fundamentais do processo, cf. SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*, Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2012.

## 2. O RELATOR E A PREPARAÇÃO DA DELIBERAÇÃO COLEGIADA

Após a distribuição, o passo seguinte no procedimento recursal ordinário é determinado pelo art. 549, *caput*, do Código de Processo Civil de 1973: a remessa dos autos do recurso, em até quarenta e oito horas, à conclusão do relator. Cabe a ele, segundo a redação da parte final do dispositivo, estudar os autos do processo para que possa devolvê-los, com seu “visto”, à secretaria, elaborando exposição acerca dos pontos controvertidos sobre os quais versar o recurso, como prega o parágrafo único do mesmo artigo, tudo com vistas à realização da deliberação colegiada na sessão de julgamento.

É com apenas essas duas normas – *caput* e parágrafo único do art. 549 – que o Código de Processo Civil de 1973 estabelece o regime jurídico da relevantíssima figura do relator. A afirmação, porém, tem de ser entendida em seus devidos termos. Na realidade, os poderes do relator são também disciplinados pelo art. 557, *caput* e § 1º-A do CPC, que preveem as hipóteses de julgamento monocrático dos recursos. Mas o papel desempenhado pelo relator na aplicação desses dois artigos é, do ponto de vista conceitual, sensivelmente distinto. Com efeito, no exercício da competência regulada pelo art. 549 do Código, o relator funciona como um agente *preparador* da deliberação colegiada, conduzindo o procedimento até que tenham sido praticados todos os atos necessários para a realização da sessão de julgamento com a presença de seus pares. Em última análise, portanto, todo o leque de atribuições por ele assim exercidas é teleologicamente estruturado a viabilizar o julgamento colegiado, que consiste no ato culminante do procedimento recursal ordinário. Quando, de outro lado, o relator faz uso da competência decisória prevista no art. 557 do Código<sup>3</sup>, sua atuação é sensivelmente distinta, já que desacompanhada de qualquer vinculação instrumental com um ato futuro na sequência do procedimento: ela mesma, a decisão do relator, por fim desde logo ao procedimento recursal da apelação, abreviando-o<sup>4</sup>. A explicitação da diferença teleológica entre as duas atuações do relator é crucial para a compreensão do feixe de competências por ele exercido em cada hipótese, constituindo parâmetro de controlabilidade dos atos praticados em ambos os casos.

No presente trabalho, será analisada exclusivamente a atuação do relator no procedimento recursal ordinário, isto é, como preparador da deliberação colegiada. Assim, logo a seguir será feita a exposição sucinta dos diversos atos a cargo do relator enquanto condutor do procedimento recursal, como a produção de provas em segundo grau, a tutela de urgência nos recursos e o planejamento do procedimento nos casos em que

3. Por certo, não é o art. 557 o único dispositivo legal em vigor, no ordenamento processual brasileiro, a prever a competência decisória monocrática dos relatores nos Tribunais, a exemplo dos arts. 120, parágrafo único, 527, I, 531, 532 e 544, § 4º, todos do CPC, bem como do art. 38 da Lei nº 8.038/90.

4. Não se ignora que, após o julgamento monocrático, seja comumente interposto agravo interno para levar ao colegiado a apreciação da causa, o que, a princípio, afastaria o término do procedimento recursal no Tribunal de segunda instância. Porém, a verdade é que a remessa do feito ao colegiado através do agravo interno representa a inauguração de procedimento recursal distinto, inconfundível com aquele pertinente à apelação. Deste modo, a decisão monocrática com base no art. 557 tem o condão, sim, de pôr fim abreviadamente ao procedimento recursal em que proferida, inaugurando-se novo procedimento recursal, ainda que no mesmo Tribunal, quando posteriormente interposto o agravo interno fundado no art. 557, § 1º, do CPC.

omissa a lei. O ponto seguinte cuidará de examinar a função do relatório exigido pelo parágrafo único do art. 549 do CPC à luz da garantia do contraditório participativo (CF, art. 5º, LV), como via capaz de servir de instrumento para o cumprimento do chamado “*dever de advertência*” do julgador diante das partes, sempre à luz das inovações trazidas, nesse campo, pelo Projeto de Novo CPC.

### 3. A CONDUÇÃO DO PROCEDIMENTO RECURSAL: ENTRE A ANALOGIA E A FLEXIBILIZAÇÃO

A definição do membro do Tribunal ao qual caberá a relatoria de determinado recurso é fato de significativa influência sobre o resultado do julgamento. Por certo, essa influência se manifesta de forma mais evidente durante a sessão colegiada de julgamento: cabe a ele, segundo o regime procedimental do CPC, expor oralmente a seus pares a definição dos precisos contornos da questão jurídica a ser resolvida na impugnação, ao que se segue a prolação, também pelo relator, do voto inicial sobre a matéria, depois de feita a sustentação oral, quando cabível, pelas partes. A rigor, porém, e ainda que em grau distinto, mesmo antes desse momento culminante do procedimento o papel desempenhado pelo relator é de relevância ímpar.

Cabe a ele praticar todos os atos necessários para que o recurso assumira a condição de apto ao julgamento colegiado. Era expresso nesse sentido o Código de Processo Civil de 1939, cujo art. 871, parágrafo único, afirmava caber ao relator “julgar os incidentes que não dependam de acórdão e executar as diligências necessárias para o julgamento”. Como a reunião de todos os membros do colegiado demanda altos custos do ponto de vista temporal e administrativo, optou a lei por permitir que os atos anteriores ao julgamento fossem, de regra, praticados por um único julgador, como medida de economia e de celeridade na condução do procedimento. Gira em torno dessa cláusula aberta, assim, uma série considerável de competências<sup>5</sup>, composta tanto

---

5. No Projeto de Novo CPC, de acordo com o texto do relatório-geral do Deputado Paulo Teixeira, esse feixe de competências foi explicitado de maneira mais analítica no art. 945, que congrega atribuições relativas tanto ao procedimento recursal ordinário quanto ao sumário, *verbis*: Art. 945. Incumbe ao relator: I – dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova; II – apreciar o pedido de tutela antecipada nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal; III – negar seguimento a recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida; IV – negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. V – depois de facultada, quando for o caso, a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. VI – decidir o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal; VII – determinar a intimação do Ministério Público, quando for o caso; VIII – exercer outras atribuições estabelecidas no regimento interno do tribunal. Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de cinco dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

de atos de natureza meramente ordinatória quanto de atos com conteúdo tipicamente decisório, mas cuja variada natureza impede uma sistematização precisa do ponto de vista conceitual<sup>6</sup>.

Em primeiro lugar, na esfera de atribuição do relator se encontram atos subsumíveis à categoria dos despachos, e que, em certa medida, até resvalam no conceito de atos meramente ordinatórios, pois, em tese, independeriam de despacho quando praticados pelos auxiliares da justiça<sup>7</sup>. Configuram, assim, atos de impulsionamento do procedimento, de vez que através deles o relator provê a respeito do andamento do processo. Nessa espécie se insere a abertura de vistas às partes, que não se restringe à hipótese dos recursos interpostos diretamente no Tribunal *ad quem*, como ocorre com o agravo de instrumento (CPC, art. 527, V): ao contrário, nada impede que, uma vez remetidos os autos ao relator, pretenda o recorrente fazer uso do art. 517 do CPC, suscitando questão de fato não alegada na instância inferior por até então não ter cessado o óbice decorrente de força maior, acompanhada da respectiva prova documental, caso em que caberá ao relator, evidentemente, abrir vista, na sequência, ao recorrido para manifestação, por força do art. 398 do CPC e da garantia fundamental do contraditório participativo. Da mesma índole é a remessa dos autos, pelo relator, ao Ministério Público, para emissão de parecer nas hipóteses em que necessário à luz dos arts. 82 e 83, I, do CPC, aplicáveis por extensão também ao procedimento recursal<sup>8</sup>, ou por força de norma prevista na legislação especial. Ou, ainda, quando o relator tem de determinar que as partes regularizem a respectiva representação, nos termos do art. 13 do CPC.

Relativamente distintos são os atos praticados pelo relator com um forte componente decisório, destinado a resolver ponto controvertido de fato ou de direito, com viés mais intenso do que o encontrado nos exemplos anteriores<sup>9</sup> e cujo perfil, justamente

- 
6. A exposição que se segue teve por base, em linhas gerais, as obras de ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 291 e segs.; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 651-4; CARVALHO, Fabiano Carvalho. *Poderes do relator nos recursos – art. 557*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p. 09 e segs.; MENDONÇA JUNIOR, Delosmar Domingos de. *Agravo interno*, São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 137-9; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 401; FRANÇOLIN, Wanessa de Cássia, *A ampliação dos poderes do relator nos recursos cíveis*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006, p. 29-35; e MENDONÇA LIMA, Alcides. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963, p. 21-2.
  7. A afirmação leva em conta o paralelo com a classificação dos pronunciamentos do juiz de primeiro grau segundo o art. 162, *caput* e parágrafos, do Código de Processo Civil. Como se sabe, o art. 163 do Código de 73 é excessivamente sintético ao prever classificação dos atos jurisdicionais praticados nos Tribunais, aludindo exclusivamente aos acórdãos, e com isso ignorando as demais espécies de decisões jurisdicionais praticadas naquela instância.
  8. Conforme opinião de ASSIS, Araken de. Ob. cit., p. 294.
  9. Com efeito, e como reconhece parcela da doutrina, mesmo nos despachos há um componente de cognição que em grande medida se aproxima do encontrado nas decisões interlocutórias, ao menos quanto à verificação de “se o impulso processual por ele determinado é legalmente cabível e preenche os pressupostos que a lei estabelece”, residindo a *regra de ouro* para a solução dos casos limítrofes no critério do prejuízo juridicamente relevante, presente apenas nas decisões interlocutórias. Sobre o ponto, cf. GRECO, Leonardo, *Instituições de processo civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 282-5.

por isso, melhor se amolda ao paralelo com as decisões interlocutórias, segundo a redação do § 2º do art. 162 do CPC. Cabe ao relator, por exemplo, processar e julgar a exceção de impedimento ou suspeição contra o representante do Ministério Público, os serventuários de justiça, o perito e o intérprete (CPC, art. 138, § 2º). Seguindo essa linha, mas com a ressalva que adiante se fará, o Código de Processo Civil também confere ao relator a condução do procedimento do incidente de falsidade instaurado na instância recursal, conforme expressamente previsto no art. 393, parte final, do Código, bem como da habilitação incidente (CPC, art. 1.059) e da restauração de autos (CPC, art. 1.068).

Há quem afirme que, em todos esses casos, deve o relator processar e julgar o incidente ou procedimento especial referidos pelo Código<sup>10</sup>. Não é isso, contudo, que se extrai da redação dos dispositivos mencionados, pois, dentre todos os acima transcritos, somente o § 2º o art. 138, relativo ao incidente de impedimento ou suspeição nas hipóteses em que especifica, expressamente alude à competência do relator para processar e julgar o incidente; os demais, ao contrário, preveem apenas a competência do relator para *processar* o incidente ou procedimento especial, o que, na realidade, revela a atribuição de conduzir o respectivo procedimento<sup>11</sup>.

Inserir-se nesse tema, igualmente, a prolação de decisões de natureza provisória a respeito da tutela de urgência nos recursos. De fato, nos casos em que a apelação se vê privada de efeito suspensivo *ope legis*, de que constituem exemplos as hipóteses elencadas no art. 520 do CPC, cabe ao relator decidir a respeito da respectiva concessão no caso concreto, como prevê o art. 558, *caput* e parágrafo único, do CPC, pautado pelo exame da configuração de “lesão grave e de difícil reparação” e, cumulativamente, da relevância da fundamentação do requerimento. Não se afasta, da mesma forma, a possibilidade de concessão de outras medidas de urgência, no Tribunal, de natureza cautelar, com base no art. 800, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Neste último caso, contudo, de regra cabe ao órgão fracionário, e não ao relator monocraticamente, a apreciação do requerimento, ressalvadas os cenários em que a própria submissão do tema ao colegiado, com os trâmites formais exigidos, puder acarretar a frustração do provimento final, quando então, com base na cláusula constitucional da tutela jurisdicional efetiva (CF, art. 5º, XXXV), competirá ao relator proferir provimento de natureza liminar para apaziguar o perigo iminente<sup>12</sup>.

---

10. ASSIS, Araken de. Ob. cit., p. 292.

11. Aludindo apenas à competência para processar, e não para julgar, nas hipóteses referidas, cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ob. cit., p. 653, muito embora sem mencionar a ressalva pertinente ao art. 138, § 2º, do Código.

12. A competência do colegiado é revelada pela interpretação histórica do parágrafo único do art. 800 do CPC, cuja redação original dispunha que, “nos casos urgentes, se a causa estiver no tribunal, será competente o relator do recurso”. Como visto, a redação atual, após a entrada em vigor da Lei nº 8.952/94, suprimiu a referência ao relator, de forma que, inexistindo exceção consagrada em norma federal, e ressalvada a hipótese extraordinária mencionada no corpo do presente texto, deve subsistir a regra geral da competência do colegiado para o julgamento nos Tribunais, conforme jurisprudência do STF. Aparentemente no sentido do texto, cf. SILVA, Ovídio A. Baptista. *Do processo cautelar*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 166. Em sentido contrário, afirmando ser do relator, em qualquer caso, a competência para o deferimento da medida cautelar, cf. FRANÇOLIN,

Duas hipóteses excepcionais, por fim, devem ser analisadas em conjunto, pois suscitam as mesmas controvérsias: a produção de provas e as providências tendentes a sanar nulidades em segundo grau. Em primeiro lugar, o rigor absoluto na compreensão da instância recursal como *revisio prioris instantiae* confinaria, invariavelmente, o órgão recursal nos mesmos limites fáticos e probatórios em que se conteve o juízo *a quo*. No entanto, o sistema processual brasileiro tolera que, excepcionalmente, as partes inovem no material instrutório em sede de apelação, seja para suscitar fatos supervenientes à propositura da demanda (CPC, art. 462), seja para a alegação de fatos que, embora já existentes, não tenham sido trazidos aos autos por motivo de força maior (CPC, art. 517), ou, ainda, mesmo das provas determinada de ofício, pelo julgador, com fundamento no art. 130 do CPC. Em qualquer dessas hipóteses, portanto, impõe-se a produção, na instância recursal, e ainda que em diminuta frequência na prática forense<sup>13</sup>, das provas necessárias à demonstração da veracidade dos fatos assim alegados. De outro lado, e em segundo lugar, quando constatada, no momento do julgamento da apelação, a presença de nulidade capaz de ser suprida pela renovação do ato viciado, o Código determina que o órgão recursal promova uma de duas medidas, ambas tendentes à realização do princípio da economia processual: ou determine a renovação do ato no próprio Tribunal (CPC, art. 515, § 4º)<sup>14</sup>, ou, caso impossível fazê-lo, converta o julgamento em diligência, para que os autos sejam remetidos ao juiz de primeiro grau a fim de que este último dirija a prática do ato anteriormente reputado viciado (CPC, art. 560, parágrafo único).

Ocorre, porém, que o Código é particularmente omissivo a respeito das regras procedimentais que hão de reger essas duas hipóteses. Não é de se afastar, em primeiro lugar, a possibilidade de que o relator as determine monocraticamente, antes do julgamento colegiado: se é possível ao relator até mesmo decidir o mérito da impugnação com base no art. 557, *caput* e § 1º-A, do CPC, devem lhe ser reconhecidos todos os poderes instrumentais necessários para que o faça de modo válido<sup>15</sup>. Superada essa premissa,

---

Wanessa de Cássia, Ob. cit., p. 197-8. Sobre o tema da concessão de efeito suspensivo *ope iudicis* à apelação, mas com destaque para a perspectiva de alteração do regime atualmente em vigor, v. CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Apelação sem efeito suspensivo*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2010. O Projeto de Novo Código de Processo Civil, de acordo com o texto do relatório-geral do Deputado Paulo Teixeira, disciplina o tema no art. 945, inc. II, já transcrito acima, deferindo ao relator a competência para “*apreciar o pedido de tutela antecipada nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal*”, assim aparentemente sem abarcar os casos de medida cautelar.

13. FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1946, p. 219; e ASSIS, Araken de. Ob. cit., p. 275, que afirma serem “raríssimos os casos em que a partes se valem do art. 517, e, conseqüentemente, inexistente instrução relevante no segundo grau”.
14. Ressalta a doutrina, neste ponto, que a adoção de tal medida apenas tem lugar quando se mostrar inviável a convalidação objetiva do ato processual à luz do princípio da instrumentalidade das formas, através do aproveitamento do ato praticado em desconformidade com a lei quando, apesar disso, restar atingido o objetivo a que ela visava promover, conforme lição de BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Nulidades processuais e apelação*, In: *Meios de impugnação ao julgado civil – estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*, (Coord.) Adroaldo Furtado Fabrício, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 414-415.
15. Nesse sentido, com relação ao art. 515, § 4º, do CPC, cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Ob. cit., p. 415. É diversa a opinião de MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ob. cit., p. 457, no que concerne ao art. 517 do CPC, afirmando caber exclusivamente ao colegiado decidir sobre a presença dos requisitos autorizadores

a verdade é que não há regras específicas, no Capítulo “Da ordem dos processos no Tribunal” do Código, que esmiúcem a forma como tais atos devem ser praticados no âmbito da instância recursal, relegando tanto as partes quanto o julgador a um cenário de incerteza quanto ao procedimento a ser seguido.

Quanto à produção de provas, a doutrina afirma serem aplicáveis, no que compatíveis, as disposições previstas no Código com relação à instrução de primeiro grau. Assim, deverá ser observado o art. 398 do CPC caso requerida a produção de prova documental para a demonstração dos fatos alegados, abrindo-se, como mencionado acima, vista para que a outra parte se manifeste em cinco dias<sup>16</sup>. Também é possível a aplicação do art. 399 do Código à instância recursal, por força do qual pode o julgador requisitar documentos e certidões de repartição pública a respeito dos fatos sobre os quais versar o litígio. Se, por certo, com relação a tal espécie de prova, provocada seja pela parte, seja pelo julgador, não se apresentam dificuldades de monta, não é o que se passa com as demais, a exemplo da prova pericial técnica e da oitiva de testemunhas. Para tais casos, mostra-se aplicável, por analogia, a disposição prevista no art. 492 do Código de Processo Civil com relação à ação rescisória, de modo que poderá o relator delegar a competência para a prática dos atos instrutórios ao juiz da comarca em que devam ser produzidos, seguindo-se, então, as regras previstas para cada prova no CPC, observado o prazo limite fixado entre quarenta e cinco e noventa dias para a devolução dos autos<sup>17</sup>. Porém, tal analogia não se impõe de forma cogente, sendo lícito ao relator proceder pessoalmente à produção das provas em segundo grau, como decorrência do princípio da imediação dos atos processuais e como forma de potencializar ao máximo o reforço da cognição decorrente da composição colegiada do órgão recursal<sup>18</sup>.

Em grande medida, portanto, a atuação instrutória do relator se vê submetida a regras do CPC aplicáveis apenas por analogia, sem uma disciplina específica na lei processual. A lacuna na lei se torna ainda mais evidente quando procede o relator pessoalmente à produção da prova reputada necessária, apontando a doutrina ser necessária a edição de normas locais específicas que disciplinem, na omissão do Código, o procedimento a ser seguido<sup>19</sup>. Passa-se algo diverso com relação aos arts. 515, § 4º, e

---

do *ius novorum*, embora consignando ressalva relativa à existência de disposição legal conferindo ao relator o poder de julgar sozinho o recurso, o que, a nosso sentir, parece ser justamente o caso do art. 557 do CPC.

16. Nesse sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ob. cit., p. 456.
17. Assim, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ob. cit., p. 456; e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Atuação de ofício em grau recursal*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 289, com a ressalva que a seguir se fará no corpo do texto.
18. MELLO, Rogério Licastro Torres de. Ob. cit., p. 289.
19. XAVIER, Trícia Navarro. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*, dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, mimeografado, 2008, p. 136 e segs., que afirma caber à lei estadual dispor sobre tal procedimento, com base no art. 24, XI, da CF. Com a devida vênia, parece caber ao Regimento Interno dos Tribunais a edição de normas específicas em matéria de procedimento recursal, e não à lei estadual, conforme demonstrado em SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*, Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2012, p. 125-154.

560, parágrafo único, do Código: tais normas, que em grande medida se sobrepõem<sup>20</sup>, apresentam um conteúdo intencionalmente omissivo, para permitir que a atividade destinada a sanar as nulidades encontradas pelo órgão recursal, ao reexaminar aquilo que realizado na instância inferior, possa se pautar pelas mesmas regras procedimentais que disciplinam o ato que se visa a praticar, dessa vez de modo válido.

Neste cenário, tanto na hipótese de produção de provas como na de saneamento de nulidades, impõe-se ao relator, nos Tribunais, como decorrência da garantia do contraditório participativo (CF, art. 5º, LV), o *planejamento do procedimento a ser seguido*. Com efeito, sabe-se que a previsibilidade do procedimento constitui um dos componentes da plenitude de defesa, já que necessária para que as partes possam articular da maneira mais eficaz possível as teses e alegações de que dispõem segundo o desenvolvimento futuro do processo, sem que sejam submetidas a bruscas surpresas<sup>21</sup>. Esse imperativo de previsibilidade é que havia inspirado a versão original do Projeto de Novo Código de Processo Civil a determinar, como condição para a validade da flexibilização do procedimento pelo juiz, a observância do contraditório, ouvindo-se previamente as partes antes de realizada a adequação das regras formais às peculiaridades da causa<sup>22</sup>. Tal lógica, que busca fundamento direto na garantia do contraditório prevista na Constituição de 1988, deve pautar também o tema ora sob análise, conduzindo a atuação do relator nos casos em que o Código de Processo Civil de 1973 se revela particularmente omissivo, sem disciplinar sequer em linhas gerais o procedimento a ser seguido.

Assim, e para que as partes não sejam submetidas a surpresas processuais, cabe ao relator, diante da perspectiva de produção de provas ou da renovação de atos viciados por nulidades sanáveis, intimar as partes para que se manifestem previamente acerca do procedimento a ser seguido, a fim de que possam apontar eventual exiguidade de prazos ou inadequação de formas na realização do ato processual a ser praticado. É importante ressaltar que não basta a mera intimação das partes para que cumpram com tal ou qual diligência no prazo *já* estipulado pelo relator; é preciso, ao contrário, que

20. Cf., nesse sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ob. cit., p. 706-7.

21. GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*, in *Estudos de direito processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 265.

22. Nesse sentido dispunham os arts. 107, V, e 151, § 1º, do texto original do Projeto, nos seguintes termos: “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. (...) 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”. De acordo com o texto do relatório-geral do Deputado Paulo Teixeira, porém, consta que a autorização para flexibilizar o procedimento foi sensivelmente reduzida, passando a figurar no inc. VI do art. 139, *verbis*: “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) VI – 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 direito; (...) Parágrafo único. A dilação de prazo de que trata o inciso VI somente pode ser determinada antes do início do prazo regular ”.

as partes sejam intimadas para influírem ativamente, em colaboração com o julgador<sup>23</sup>, *na própria atividade de definição e de planejamento do procedimento na omissão da lei*, como decorrência da compreensão atual da garantia fundamental do contraditório participativo.

Tanto no que toca à produção de provas quanto naquilo que diz respeito ao saneamento de nulidades em segundo grau, o Projeto de Novo CPC, na versão agora em tramitação na Câmara dos Deputados, não promove alterações de monta. Na realidade, a modificação mais substancial consiste em concentrar a disciplina destas duas matérias em um mesmo dispositivo, o art. 951 do Projeto, que apenas esclarece, quanto ao saneamento de nulidades (§ 1º) e à produção de provas (§ 2º), que a realização de tais atividades, após a conversão do julgamento em diligência, poderá ser levada a cabo diretamente no próprio Tribunal, e não necessariamente em primeiro grau, o que, como acima exposto, já era possível de se extrair do sistema<sup>24</sup>.

#### 4. O RELATÓRIO COMO INSTRUMENTO DO DEVER DE ADVERTÊNCIA

Dentre todas as funções exercidas pelo relator no procedimento recursal ordinário, as de maior relevância por certo residem na elaboração do relatório e na prolação do primeiro voto na sessão de julgamento. Essa constatação decorre da influência exercida pelo relator, através desses dois atos, na mecânica da deliberação colegiada, muitas vezes pré-definindo o resultado do julgamento conforme mais ou menos eloquente seja a sua exposição da causa e a defesa da fundamentação de seu voto, possivelmente atraindo a adesão dos demais membros julgadores. Cabe esmiuçar, neste passo, o regime jurídico do relatório, cujas potencialidades ainda não restaram exploradas com o devido vagar pela doutrina processual.

Determina o art. 549, parágrafo único, do Código de Processo Civil que o relator faça “nos autos uma exposição dos pontos controvertidos sobre que versar o recurso”, consistente no chamado *relatório*. Do ponto de vista objetivo, o relatório é a revelação pública do estudo e do exame dos autos feito pelo relator, que traduz em palavras próprias, consignadas em um texto escrito posteriormente exposto de forma oral na sessão, a essência das alegações das partes e da atividade desempenhada pelo juízo *a*

23. A colaboração a que se alude não equivale ao consenso, pois, após ouvidas as partes sobre a melhor forma a ser conferida ao procedimento, ainda caberá ao relator a definição, com a marca da imperatividade, dos requisitos formais e das etapas a serem percorridas na instância recursal.

24. Projeto de Novo CPC, de acordo com o texto do relatório-geral do Deputado Paulo Teixeira: Art. 951. A questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão. § 1.º Constatada a ocorrência de vício sanável, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível, prosseguirá no julgamento do recurso. § 2.º Reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência para instrução, que se realizará no tribunal ou em instância inferior, decidindo-se o recurso após cumprida a diligência. § 3.º Quando não determinadas pelo relator, as providências indicadas nos § 1.º e 2.º poderão ser determinadas pelo órgão competente para julgamento do recurso.

quo. A finalidade tradicionalmente apontada como central ao relatório – com os temperamentos que adiante serão feitos – é a de guiar a deliberação colegiada em sessão, organizando, do ponto de vista lógico, a matéria a ser debatida e decidida pela turma julgadora. Através da leitura do respectivo teor, pelo desembargador relator, na sessão de julgamento, o relatório orienta a atuação dos demais membros do colegiado, que, de acordo com a sistemática acolhida na lei processual em vigor, não têm, de regra, qualquer contato prévio com os autos do recurso<sup>25</sup>, ressalvados os casos em que a lei impõe a figura do revisor (CPC, art. 551)<sup>26</sup>.

Em razão do papel desempenhado no ato de julgamento, a técnica de elaboração do relatório é apontada pela doutrina como tarefa de “difícil execução”<sup>27</sup>, ou de “inexcedível delicadeza”<sup>28</sup>. Muitas vezes, e principalmente quando inexistente ou ineficaz a sustentação oral, a narrativa por demais sucinta, pelo relator, a respeito de casos complexos pode fazer com que os demais membros do colegiado passem ao largo de aspectos relevantes da controvérsia, votando sob uma espécie pouco virtuosa de “véu da ignorância”. Por outro lado, quando excessivamente minucioso, corre-se o risco de dispersar a atenção dos ouvintes sobre aquilo que deveria, a rigor, ser debatido de forma central. Aponta-se, neste cenário, que o conteúdo do relatório tem de observar o paralelo com o art. 458, I, do Código de Processo Civil, que disciplina o relatório pertinente à sentença, embora seja sensível a diferença redacional entre tal dispositivo e o já citado art. 549, parágrafo único, do CPC<sup>29</sup>.

De qualquer modo, a doutrina afirma que a peça do relatório deve consistir em “uma narrativa imparcial do que consta dos autos, sem que da mesma se possa vislumbrar o voto do seu subscritor a respeito da controvérsia em qualquer de seus pontos”<sup>30</sup>. Essa visão tradicional do relatório, contudo, que finca suas raízes na interpretação de

- 
25. A crítica da sistemática adotada pelo Código de Processo Civil quanto ao contato dos julgadores com os autos judiciais, mormente à luz da finalidade de *reforço da cognição* que subjaz ao julgamento colegiado, foi realizada em SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*, Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2012, p. 221 e segs.
26. MENDONÇA LIMA, Alcides. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963, p. 321, que, ao comentar o regime do relatório à luz do Código de 39, afirmava que tal peça “serve, apenas, para orientar os demais juízes, evitando a leitura do processo por todos seus pares, que causaria ainda maior perda de tempo”.
27. MENDONÇA LIMA, Alcides. Ob. cit., p. 321.
28. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado*, In: Caderno de doutrina e jurisprudência da Ematra XV, v. 1, nº 3, mai/jun, 2005, p. 85.
29. ASSIS, Araken de. Ob. cit., p. 295, que, embora afirme, inicialmente, a “analogia com o relatório da sentença”, assevera ao final que “no tocante ao paradigma, o texto do art. 549, parágrafo único, *in fine*, indica notável diferença, em parte explicando a diferença na forma do acórdão, que o art. 165 impõe acomodada às divisões do art. 458: a exposição do relator se cinge aos pontos controvertidos ‘sobre que versar o recurso’. Não é indispensável, portanto, reproduzir todas as ocorrências do processo, exceção feita aos que sejam necessários à fixação e à compreensão da matéria devolvida no apelo”. De forma similar, aponta-se que “*mutatis mutandis*, esse relatório é idêntico ao da sentença” (FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*, Vol. I – Processo de conhecimento, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 760).
30. MENDONÇA LIMA, Alcides. Ob. cit., p. 321. No mesmo sentido, cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado*, In: Caderno de doutrina e jurisprudência da Ematra XV, v. 1, nº 3, mai/jun, 2005, p. 85, que afirma que “teoricamente, o relatório nunca deveria prenunciar o voto

tal peça como exclusivamente voltada à organização lógica da deliberação colegiada, tem de ser recontextualizada diante da garantia do contraditório participativo (CF, art. 5º, LV), principalmente à luz do chamado *dever de advertência*.

No núcleo da garantia do contraditório participativo, como demonstrado por Leonardo Greco, reside o reconhecimento às partes do direito de influir da maneira mais eficaz possível sobre a formação da decisão judicial que repercutirá em suas respectivas esferas jurídicas<sup>31</sup>. Tal concepção, fortemente calcada na ascensão axiológica do princípio da dignidade da pessoa humana no segundo pós-guerra, revela uma imbricação entre a garantia do contraditório e o princípio democrático, de modo a assegurar que o processo civil, como forma particular de manifestação do poder do Estado, seja conduzindo com a participação dos cidadãos que sofrerão as consequências da decisão judicial, garantindo-lhes voz. Para assegurar a efetividade dessa participação democrática, não basta conceber o contraditório como a imposição de um equilíbrio entre as posições subjetivas das partes no processo; ao contrário, é preciso que a garantia do contraditório seja entendida como dirigida também ao juiz, a quem cabe assumir a postura ativa de construção de um diálogo humano com as partes. O juiz que se pauta pela observância do contraditório participativo é, necessariamente, um juiz que quebra o distanciamento e o abismo de comunicação existente entre ele e os litigantes, permitindo que estes saibam a exata medida em que suas alegações e provas repercutem na construção do ato de inteligência e de vontade que, ao final, determinará a sorte do litígio, isto é, a sentença judicial. É através desse diálogo de dupla via que se concretiza do modo mais eficaz possível, e não apenas formalmente, o direito de influência em que se desdobra a garantia do contraditório, construindo juntos, julgador e partes, através da interação, a solução da causa<sup>32</sup>.

Essas premissas teóricas conduzem, dentre outras consequências, à vedação aos julgamentos de surpresa. Toda a perspectiva de participação das partes através dos atos postulatórios dirigidos a influenciar o juiz na construção do raciocínio judicial se vê cerceada de forma cabal quando a decisão toma por base fundamento não debatido anteriormente no processo. Ao assim atuar, o juiz prolata as chamadas “decisões de terceira via”, de vez que baseadas em fundamentos não suscitados nem pelo autor e nem réu, que apenas tomam conhecimento da relevância jurídica de tais questões para o desate da controvérsia em que se inserem em momento já tardio, após a publicação da sentença. A concepção participativa do contraditório exige, portanto, a prévia intimação das partes para que se manifestem acerca de fundamento que o julgador considere, de ofício, como pertinente à causa, através do chamado *dever de advertência*<sup>33</sup>, permitindo

---

de quem dele se incumba; na prática, não raro algo transparece, e a influência pode começar a fazer sentir-se desde esse instante”.

31. GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*, In: *Estudos de direito processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 241.
32. GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório*, In: *Estudos de direito processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 544-5.
33. A expressão “dever de advertência” tem origem no direito alemão, por força do qual cabe ao juiz, sob pena de nulidade, intimar as partes para que se manifestem sobre qualquer ponto de fato e de direito até então

que elas exerçam o direito de influência sobre todos os pontos relevantes para a decisão judicial<sup>34</sup>. É com base nessa visão humanizada da prestação da jurisdição que o Projeto de Novo Código de Processo Civil, na versão em tramitação na Câmara dos Deputados, prevê, no art. 10, *caput*, a imposição do dever de advertência como condição de validade dos julgamentos em todo e qualquer grau de jurisdição<sup>35</sup>.

Nos dias atuais, porém, a verdade é que o déficit garantístico de que padece o processo civil brasileiro não se resume, sob o ângulo do contraditório, à instância recursal, objeto de estudo desde trabalho. Do ponto de vista teórico, o exame das etapas que compõem o procedimento comum ordinário em primeiro grau seria capaz, em abstrato, de revelar ao menos um momento procedimental próprio para a colocação em prática desse exercício de diálogo humano através do dever de advertência, consistente na decisão saneadora (CPC, art. 331, *caput* e parágrafos). O influxo da garantia do contraditório, por certo, não deve se limitar a ela, já que, como visto acima, todo o caminhar do processo judicial tem de se legitimar, no Estado Democrático de Direito contemporâneo, sob o crivo do contraditório, como expressão do princípio da participação democrática. Não obstante, a decisão saneadora, dentre todas as demais etapas, é a que cumpre de modo mais aproximado com essa função precípua: realizando-se após a fase postulatória, a decisão saneadora tradicionalmente tem a finalidade de fixar os pontos controvertidos, decidir as questões processuais pendentes e determinar as provas a serem produzidas<sup>36</sup>. Principalmente no que toca à fixação dos pontos controvertidos, a decisão saneadora exerce um papel de intercâmbio de ideias entre juiz e partes, pois aquele revela a estas últimas quais são os aspectos fáticos que, a partir do exame das postulações contrapostas até então praticadas, restaram ainda dependentes de demonstração através das provas a serem produzidas, permitindo que cada parte formule sua estratégia de atuação no restante do procedimento. Sob este enfoque, que evidentemente não exaure toda a eficácia da garantia do contraditório, no despacho saneador poderia também ser validamente exercido, pelo juiz, o dever de advertência com relação às questões de direito que ele vislumbre como relevantes, de ofício, para a causa, intimando as partes para que se manifestem acerca delas.

Por sua vez, a estrutura do procedimento recursal ordinário, tal como delineado pelas regras do CPC, permitiria que o relatório desempenhasse essa mesma função de diálogo humano. É que o Código de 73 não previu qualquer momento anterior à sessão colegiada para que as partes tenham contato com o relator ou com qualquer dos julgadores do recurso. Ao contrário, se seguido com rigor o encadeamento de etapas previstas no Código, o contato que existirá entre o órgão recursal e as partes será na

---

não debatido e que seja por ele considerado como relevante para o julgamento da causa, conforme lição de MURRAY, Peter L., e STÜRNER, Rolf. *German Civil Justice*, Caroline Academic Press, 2004, p. 166 e segs.

34. GRECO, Leonardo. Ob. cit. p. 551.

35. Projeto de Novo CPC, de acordo com o texto do relatório-geral do Deputado Paulo Teixeira: Art. 10. Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício.

36. Nesse sentido, cf. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, vol. II, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p. 99-100; e LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 06-07.

própria sessão de julgamento, com a eventual perspectiva de sustentação oral após a leitura do relatório. Neste cenário, a função do relatório tem de ser necessariamente analisada à luz não só da deliberação colegiada, como fator de organização do debate entre os membros do órgão, mas também como instrumento de interação e de comunicação entre o relator, de um lado, e recorrente e recorrido, de outro, a fim de evitar os julgamentos de surpresa.

Com efeito, se elaborado com substância, e não apenas como um ato *pro forma*, verdadeiro apêndice do voto do relator, o relatório seria capaz de servir de ponte de comunicação entre o relator e as partes com relação às questões jurídicas que aquele considera pertinentes, ainda que de ofício, para o julgamento do recurso no colegiado. Interpretado sob o influxo da garantia do contraditório participativo, portanto, o conteúdo do relatório tem de ser moldado também como forma de exposição, pelo desembargador relator, quanto aos fundamentos de fato e de direito que se apresentam mais relevantes para a causa. Não basta que o relatório seja concebido como a tradicional narrativa imparcial da sucessão de atos praticados nos autos, como tradicionalmente apontado pela doutrina, sem que disso se pudesse extrair qualquer subsídio para a conduta das partes<sup>37</sup>. É preciso, ao contrário, que a veiculação prévia nos autos do texto escrito do relatório, como determinado pelo art. 549 do CPC, seja vista como uma oportunidade necessária de cumprimento do referido *dever de advertência*, para que, conhecendo quais as matérias que o relator considera relevantes para o julgamento, as partes possam direcionar a abordagem a ser feita seja na eventual sustentação oral em sessão, seja através do protocolo de petições escritas, seja, ainda, pela apresentação de memoriais.

Sob o ângulo objetivo, portanto, é manifestamente insuficiente a interpretação literal do parágrafo único do art. 549 do Código, ao restringir o relatório à “*exposição dos pontos controvertidos sobre que versar o recurso*”. Mais do que a narrativa das razões constantes da impugnação, é preciso que o relatório abranja também as questões que o relator<sup>38</sup> eventualmente considere de ofício como pertinentes, na linha do que expressamente prevêem o *caput* do art. 170 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao exigir que do relatório conste também a matéria “que, de ofício,

---

37. Mesmo a doutrina clássica já havia afirmado que, “[p]elos relatórios, as partes não têm meios de saber, a rigor, o modo como o relator apreciou a prova, considerou as alegações, sentiu a causa” (LIMA, Alcides de Mendonça. Ob. cit., p. 329).

38. Como se sabe, é possível que também os demais membros do colegiado suscitem, no curso da deliberação colegiada, fundamentos não abordados previamente pelas partes. Em tais hipóteses, é imprescindível a interrupção do julgamento para que sobre o ponto sejam ouvidas, ainda que oralmente, as partes, como meio de promover o contraditório participativo da forma mais eficaz possível, conforme exposto em SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*, Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2012, p. 275-276, no tópico em que se analisa o regime jurídico da sustentação oral. Como se verá a seguir, o art. 946, § 1º, do Projeto de Novo CPC, na versão em tramitação na Câmara dos Deputados, incorporou salutarmente essa orientação à disciplina da sustentação oral.

possa vir a ser objeto de julgamento”<sup>39</sup>, e o art. 67, *caput*, do RITJRJ<sup>40</sup>. É exemplo também, em certa medida, de adoção do relatório como instrumento de promoção da garantia fundamental do contraditório participativo, através do dever de advertência, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, cujo art. 136, § 1º, prevê a hipótese de ser suscitada, de ofício, preliminar durante a leitura do relatório, embora voltado especificamente para as repercussões de tal fato no regime da sustentação oral<sup>41</sup>.

Para que todas essas potencialidades garantísticas do relatório sejam colocadas em prática, além dos requisitos de conteúdo expostos acima, é imprescindível que tal peça processual seja entranhada aos autos, pelo relator, previamente à sessão de julgamento, franqueando-se acesso às partes<sup>42</sup>. Há na doutrina, contudo, quem sustente que o relatório só deveria ser tornado público, ao tempo da remessa dos autos à secretaria, na hipótese de aplicação do art. 557 do CPC, isto é, quando o próprio relator já entendesse por aplicável a abreviação do procedimento. Seguindo essa lógica, na realidade não haveria a exposição *prévia* do relatório, mas sim a publicidade simultânea do relatório e do próprio teor da decisão monocrática proferida pelo relator, divulgadas em conjunto pela remessa à secretaria<sup>43</sup>; nas demais hipóteses, pertinentes ao julgamento colegiado, o relatório escrito seria divulgado somente após a redação e publicação do inteiro teor

39. *Apud* PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *Curso e julgamento dos processos nos tribunais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 44. A redação do dispositivo é a seguinte: RITJRJ, “Art. 170. O relatório nos autos, que deve conter a exposição sucinta da matéria controvertida pelas partes e da que, de ofício, possa vir a ser objeto de julgamento, é exigido: I – nas ações rescisórias, nos reexames necessários e nas apelações cíveis, e nos embargos infringentes; II – nos desaforamentos, nos pedidos de revisão criminal, nas apelações criminais e nos embargos infringentes e de nulidade opostos nessas apelações; III – nas representações e nos incidentes de inconstitucionalidade; IV – nas uniformizações de jurisprudência; V – nos processos e recursos administrativos de competência do Órgão Especial. § 1º O relatório poderá ser resumido, restrito à preliminar de manifesta relevância, limitando-se a esta matéria a sustentação oral. § 2º Na hipótese do inc. V, a Secretaria expedirá, em caráter reservado, cópias do relatório e de peças indicadas pelo Relator para distribuição aos componentes do órgão julgador”.

40. RITJRJ, Art. 67 – Nos julgamentos dos recursos, as questões preliminares e prejudiciais – obrigatoriamente denunciadas no relatório, ou pelo revisor, ao lançar o seu “visto” – obedecerão, tanto quanto possível, à seguinte ordem: I – competência do Tribunal; II – cabimento do recurso; III – tempestividade; IV – legitimidade para recorrer; V – interesse na interposição do recurso; VI – insuficiência de instrução; VII – nulidade; VIII – coisa julgada; IX – pressupostos processuais, na causa; X – condições da ação, na causa; XI – decadência ou prescrição; XII – inconstitucionalidade de lei. Parágrafo único – No caso de preliminar ou prejudicial manifestação fundada ou infundada, como tal declarada pelo relator, poderá o Presidente considerá-la acolhida ou rejeitada, independentemente de votação nominal, se nenhum dos julgadores se opuser.

41. RISTF, Art. 136. As questões preliminares serão julgadas antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquelas. § 1º Sempre que, no curso do relatório, ou antes dele, algum dos Ministros suscitar preliminar, será ela, antes de julgada, discutida pelas partes, que poderão usar da palavra pelo prazo regimental. Se não acolhida a preliminar, prosseguir-se-á no julgamento. § 2º Quando a preliminar versar nulidade suprável, converter-se-á o julgamento em diligência e o Relator, se for necessário, ordenará a remessa dos autos ao juiz de primeira instância ou ao Presidente do Tribunal *a quo* para os fins de direito.

42. Não basta, portanto, a mera exposição oral do relatório em sessão com a posterior elaboração de texto escrito ao tempo da redação do acórdão, como sustentava LIMA, Alcides de Mendonça. *Ob. cit.*, p. 322. Tal visão apenas mirava o relatório como peça processual voltada à organização da deliberação colegiada, desconsiderando seus reflexos na concretização da garantia do contraditório participativo.

43. ASSIS, Araken, *Ob. cit.*, p. 281, afirmando que “o relator somente restituirá os autos à secretaria com o relatório se lhe couber julgar sozinho a apelação, nos termos do art. 557, o que abrevia o procedimento (*infra*, 30)”.

do acórdão. Mas não é isso que se extrai, com a devida vênia, do texto do Código de Processo Civil de 1973.

Com efeito, o *caput* do art. 549 do Código determina que, após estudar os autos, deve o relator restituí-los à secretaria. O parágrafo único do mesmo dispositivo, por sua vez, e em complemento ao *caput*, prevê que “o relator fará nos autos uma exposição dos pontos controvertidos sobre que versar o recurso”. Ora, é difícil vislumbrar momento possível para que o relator possa consignar a referida exposição *nos autos*, consistente no relatório, diverso do ínterim entre a remessa à conclusão e a devolução à secretaria<sup>44</sup>, na medida em que o próprio Código determina, logo em seguida, que os autos sejam apresentados ao presidente do órgão fracionário, que designará dia para julgamento (CPC, art. 552). Confirma a tese ora sustentada o teor da redação do art. 553 do Código, segundo o qual, nos embargos infringentes e na ação rescisória, devolvidos os autos pelo relator, a secretaria do tribunal expedirá cópias autenticadas do relatório e as distribuirá entre os juízes que compuserem o órgão competente para o julgamento. A *imediata* expedição de cópias do relatório aos demais membros do colegiado, logo após a devolução dos autos pelo relator, pressupõe, forçosamente, que a referida devolução tenha sido feita *já com a inclusão do relatório aos autos*, em clara harmonia com a previsão do art. 549, *caput* e parágrafo único, do CPC.

Além desses argumentos de índole literal e sistemática, a verdade é que a exposição prévia do relatório consiste na única maneira, no sistema processual em vigor, de tornar efetivo o *dever de advertência* por parte do relator com relação às questões suscetíveis de ofício, como se viu acima, a fim de permitir que as partes tenham tempo hábil para abordá-las com a necessária preparação no momento da realização da sustentação oral ou através do protocolo de petições escritas. Em última análise, portanto, a veiculação do relatório nos autos previamente à realização da sessão, com permissão de acesso às partes, consubstancia meio necessário de promoção da garantia do contraditório participativo (CF, art. 5º, LV), de forma que, na ausência de outro momento procedimental capaz de viabilizar o diálogo humano entre o julgador e as partes, sequer poderia ser afastada por disposição legal ou regimental.

Em suma, a visão tradicional do relatório como destinado a organizar a deliberação colegiada tem de ser harmonizada também com a funcionalização de tal peça processual como instrumento de realização do contraditório participativo, servindo de meio de diálogo entre o julgador e as partes para evitar, na medida em que possível, a prática de surpresas processuais e de “decisões de terceira via”.

Este, portanto, é o cenário *de lege lata*. Na versão do Projeto de Novo CPC em tramitação da Câmara, porém, há relevantíssimas alterações, e que em grande parte suprirão as apontadas deficiências do procedimento recursal quanto ao contraditório. De

---

44. Ademais, se de regra é o próprio relatório nos autos que cumprirá a função do “visto” imposto pelo art. 549, parte final, do Código, como certificação de que a matéria restou estudada pelo relator (ASSIS, Araken, Ob. cit., p. 280-1), parece natural que a restituição dos autos à secretaria seja feita com a íntegra da manifestação, como prega a redação do *caput* do art. 549.

início, o parágrafo único do art. 945 do Projeto, já transcrito acima, incorpora a lógica do dever de advertência para o julgamento monocrático de recursos, em tema que, no entanto, extravasa os limites do presente trabalho, restrito ao julgamento colegiado<sup>45</sup>.

A grande alteração, portanto, consiste no art. 946 do Projeto de Novo CPC. Desenvolvendo a diretriz estabelecida no já referido art. 10 do Projeto, o *caput* do dispositivo cria uma etapa procedimental prévia ao relatório com a finalidade exclusiva de intimar as partes para que se manifestem, no prazo de cinco dias, sobre “a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida, ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada”<sup>46</sup>. Por força desta disposição, o esforço de impulsionar a função do relatório como catalisador do contraditório, feita nas linhas acima para o sistema processual em vigor no CPC de 1973, deixará, felizmente, de se fazer necessário, pois feita a opção, pelo legislador, de suprir justamente a lacuna no *iter* procedimental dos recursos para inaugurar uma oportunidade de diálogo entre as partes e o relator antes do julgamento em sessão, viabilizando com mais segurança o cumprimento do *dever de advertência*.

Complementando o conteúdo do *caput*, os §§ 1º e 2º do dispositivo têm a virtude de particularizar a aplicação do dever de advertência nas hipóteses em que já iniciada a deliberação colegiada. O § 1º, já avançando para o tema da sustentação oral, dispõe que, caso a constatação de fundamento sobre o qual não tenham se manifestado as partes ocorra durante a sessão de julgamento, deverá ser aberta nova oportunidade para que recorrente e recorrido apresentem suas razões orais em sessão sobre o ponto, interrompendo-se o julgamento. Na sequência, o § 2º do mesmo dispositivo prevê a hipótese de a verificação ocorrer quando os autos estiverem em pedido de vista formulado por algum dos demais membros votantes, caso em que deverá ser promovida a remessa ao relator para que este promova a intimação das partes para manifestação de acordo com o *caput*, reiniciando-se apenas após isso a sessão de julgamento, com “*submissão integral da nova questão aos julgadores*”. Embora não conste expressamente da referida norma, parece claro que, nesta última hipótese, dever-se-á abrir nova oportunidade às partes não apenas para manifestação por escrito em atenção ao *caput*, mas também para nova sustentação oral em sessão sobre o ponto quando reiniciado o julgamento,

---

45. Projeto de Novo CPC, de acordo com o texto do relatório-geral do Deputado Paulo Teixeira: Art. 945. Incumbe ao relator: (...). Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de cinco dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

46. Projeto de Novo CPC, de acordo com o texto do relatório-geral do Deputado Paulo Teixeira: Art. 946. Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida, ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada, que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para se manifestarem no prazo de cinco dias. § 1.º Se a constatação ocorrer durante a sessão de julgamento, este será imediatamente suspenso a fim de que as partes se manifestem especificamente, em sustentação oral, na própria sessão, no prazo de quinze minutos. § 2.º Se a constatação se der em vista dos autos, deverá o juiz que a solicitou encaminhá-los ao relator, que tomará as providências previstas no *caput* e, em seguida, solicitará a inclusão do feito em pauta para prosseguimento do julgamento, com submissão integral da nova questão aos julgadores.

aplicando-se extensivamente a razão que preside o § 1º, já que a sustentação oral original não ter abarcado, por óbvio, o ponto para o qual agora despertaram os julgadores<sup>47</sup>.

## 5. BIBLIOGRAFIA

- ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Nulidades processuais e apelação*, In: *Meios de impugnação ao julgado civil – estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*, (Coord.) Adroaldo Furtado Fabrício, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 403-429.
- CARVALHO, Fabiano Carvalho. *Poderes do relator nos recursos – art. 557*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.
- CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Apelação sem efeito suspensivo*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1946.
- FRANÇOLIN, Wanessa de Cássia, *A ampliação dos poderes do relator nos recursos cíveis*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006.
- FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*, Vol. I – Processo de conhecimento, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008.
- GRECO, Leonardo, *Instituições de processo civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.
- \_\_\_\_\_, *Instituições de processo civil*, vol. II, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010.
- \_\_\_\_\_, *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*, in *Estudos de direito processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 225-286.
- \_\_\_\_\_, *O princípio do contraditório*, In: *Estudos de direito processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 541-556.
- LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.
- MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil – comentado artigo por artigo*, São Paulo: Ed. RT, 2011.
- MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Atuação de ofício em grau recursal*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.
- MENDONÇA JUNIOR, Delosmar Domingos de. *Agravo interno*, São Paulo: Ed. RT, 2009.
- MENDONÇA LIMA, Alcides. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.
- \_\_\_\_\_, *Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado*, In: Caderno de doutrina e jurisprudência da Ematra XV, v. 1, nº 3, mai/jun, 2005, p. 79-89.
- MURRAY, Peter L., e STÜRNER, Rolf. *German Civil Justice*, Caroline Academic Press, 2004.

---

47. Sobre estes e outros pontos relativos ao regime jurídico da sustentação oral, cf. SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*, Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2012, p. 252-276, sendo que às p. 275-276, como já dito, a orientação agora incorporada no art. 946, § 1º, do Projeto de Novo CPC já era defendida no plano doutrinário.

- PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *Curso e julgamento dos processos nos tribunais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- SILVA, Ovídio A. Baptista. *Do processo cautelar*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.
- SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*, Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2012.
- XAVIER, Trícia Navarro. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*, dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, mimeografado, 2008.

# INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – UMA PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO DE SEU PROCEDIMENTO

GUILHERME PERES DE OLIVEIRA<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

É praticamente consenso doutrinário o entendimento de que o incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no CPC projetado, é uma espécie de ampliação do instituto do recurso especial repetitivo, permitindo o julgamento conjunto de demandas desde sua proliferação em primeira instância. O recurso especial repetitivo, por sua vez, como o próprio nome do instituto indica de forma clara, só é aplicável em fase de recursos especiais já interpostos, e que versem sobre matéria de direito idêntica.

Em se tratando de instituto correlato, já positivado no ordenamento jurídico brasileiro, uma excelente chance se apresenta para que se identifique os problemas com o manejo do instituto já existente, de modo a evitar que se repitam naquele ainda projetado.

Ao que nos parece, o maior problema hoje que se verifica da prática do recurso especial repetitivo é a seleção do(s) caso(s) paradigma, que será(ão) remetido ao STJ para julgamento e cuja fundamentação relevante (*ratio decidendi*) deverá ser aplicada aos demais casos que versem sobre hipótese semelhante.

Essa dificuldade ocorre em dois planos: (i) na abrangência dos elementos constantes de tais recursos, sob o ponto de vista da amplitude da instrução probatória e dos argumentos deduzidos por ambas as partes; (ii) na necessidade de comparação por aproximação (*distinguishing*) com relação aos casos a serem sobrestados e na posterior aplicação da tese jurídica a seu julgamento.

Muito embora a técnica do *distinguishing* se torne cada vez mais relevante para a aplicação prática de institutos paulatinamente positivados em nosso ordenamento processual (julgamento *prima facie* do art. 285-A, precedente obstativo da execução dos arts. 475-L, parágrafo primeiro, e 741, parágrafo único), não há como negar que

---

1. Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Membro do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual. Professor dos cursos de pós-graduação lato sensu da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Consultor Jurídico da Procuradoria da OAB/RJ. Procurador-Geral do Sindicato dos Advogados do Estado do Rio de Janeiro. Advogado no Rio de Janeiro.

a necessidade de sua aplicação traz certo grau de dificuldade, tanto teórica quanto prática, em ambos os casos pela ainda pouca familiaridade do jurista e operador brasileiros com a técnica.

A redação dos dispositivos do Projeto do Novo CPC que tratam do incidente de resolução de demandas repetitivas não deixam claro se a técnica de julgamento do incidente será semelhante à dos recursos especiais repetitivos e da repercussão geral ou se, diferentemente, se aproximará da técnica aplicável a incidentes como, por exemplo, a arguição de inconstitucionalidade (arts. 480-482 do CPC). Daí se abrir, a nosso ver, possibilidade hermenêutica de analogia com o instituto que mais o aproxime de suas finalidades.

Ainda no âmbito introdutório, um breve esclarecimento: não se pretende aprofundar no estudo dos institutos dos recursos repetitivos e do incidente de inconstitucionalidade. A sintética descrição dos respectivos procedimentos tem finalidade meramente instrumental, focando-se, sobretudo, na identificação das dificuldades apresentadas em cada um deles, em especial se adotados por analogia para a aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Passa-se, pois. À referida descrição.

## 2. PROCEDIMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO E DA REPERCUSSÃO GERAL

Os procedimentos aplicáveis ao recurso especial e extraordinário repetitivos foram criados, respectivamente, pelas leis 11.418 e 11.672, ambas de 2006, as quais inseriram novos dispositivos no Código de Processo Civil (arts. 543-A, 543-B e 543-C).

Ambas as leis estabelecem procedimentos semelhantes para julgamento conjunto dos recursos excepcionais nos quais se discuta questões jurídicas semelhantes.

Em síntese, os referidos artigos dizem caber ao Presidente do Tribunal de origem, uma vez detectada tese repetitiva em diversos processos distintos, “selecionar” (no caso do recurso extraordinário) ou “admitir” (no caso do Recurso Especial), “um ou mais recursos representativos da controvérsia), encaminhando-os ao Tribunal Superior competente e sobrestando os demais.

O art. 543-C estabelece que, caso o Presidente do Tribunal de origem seja omisso quanto a essa providência, o Relator no STJ poderá supri-la, determinando o sobrestamento dos feitos idênticos na origem (os que ainda lá se encontrem), ou no próprio STJ, segundo interpretação já adotada por esse Tribunal<sup>2</sup>. Também o art. 328 do Regimento Interno do STF, na redação dada pela Emenda Regimental nº 21/2007, contém determinação semelhante.

---

2. Como exemplos, pode-se citar as decisões monocráticas proferidas nos Recursos Especiais 1404388 e 1404800, nos quais o Ministro Humberto Martins, afirmando que a tese em discussão já era objeto de recursos especiais repetitivos afetados à Corte Especial, determinou o retorno dos autos à origem para aguardarem a decisão paradigma, após o que seriam apreciados na forma do art. 543-C, parágrafos sétimo e oitavo, ambos do CPC. A hipótese também é admitida tacitamente pelo art. 5º da Resolução 8/2008 do STJ, o qual dispõe que os recursos especiais já distribuídos no STJ, quando do julgamento do recurso paradigma, serão apreciados monocraticamente pelo relator; quando já estiverem naquele Tribunal, mas ainda não tiverem sido distribuídos, serão objeto de decisão da Presidência.

A Resolução nº 8/2008 do STJ estabelece que o Tribunal de origem deve selecionar, ao menos, um recurso de cada relator, bem como escolher dentre aqueles que conjuem o maior número de fundamentos no acórdão e argumentos no recurso especial.

Essa exigência de seleção dos recursos que serão admitidos e afetados à Corte Superior para julgamento é, a nosso ver, o ponto mais sensível e problemático da sistemática dos recursos repetitivos. Tal dificuldade se estabelece em dois aspectos: (i) a própria seleção dos recursos, de modo a respeitar os critérios estabelecidos pela lei e pela citada Resolução do STJ e (ii) na identificação dos casos semelhantes para sobrestamento e na posterior aplicação da *ratio decidendi* do julgamento paradigmático em seu novo julgamento.

Dessas dificuldades ainda decorrem duas outras: a recorribilidade da decisão que determina o sobrestamento e a discussão sobre a possibilidade ou não de desistência de recurso já afetado. Em ambos os casos, os Tribunais Superiores acabaram adotando soluções polêmicas, com a finalidade de manter a utilidade do instituto, evitando que, no primeiro caso, a quantidade de recursos contra decisões de sobrestamento mantivesse o alto quantitativo de casos chegando a eles<sup>3</sup> e, no segundo, evitando a protelação indefinida do julgamento de recurso paradigma<sup>4</sup>.

---

3. Tanto o STF quanto o STJ decidiram que, da decisão do Presidente ou Vice-presidente do Tribunal de origem que determina o sobrestamento de recurso não afetado, cabem apenas pedido de reconsideração e agravo interno para o pleno ou órgão especial, conforme se depreende dos seguintes julgados: “RECLAMAÇÃO. SUPOSTA APLICAÇÃO INDEVIDA PELA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE ORIGEM DO INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL. DECISÃO PROFERIDA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 576.336-RG/RO. ALEGAÇÃO DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DE AFRONTA À SÚMULA STF 727. INOCORRÊNCIA. 1. Se não houve juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, não é cabível a interposição do agravo de instrumento previsto no art. 544 do Código de Processo Civil, razão pela qual não há que falar em afronta à Súmula STF 727. 2. O Plenário desta Corte decidiu, no julgamento da Ação Cautelar 2.177-MC-QO/PE, que a jurisdição do Supremo Tribunal Federal somente se inicia com a manutenção, pelo Tribunal de origem, de decisão contrária ao entendimento firmado no julgamento da repercussão geral, nos termos do § 4º do art. 543-B do Código de Processo Civil. 3. Fora dessa específica hipótese não há previsão legal de cabimento de recurso ou de outro remédio processual para o Supremo Tribunal Federal. 4. Inteligência dos arts. 543-B do Código de Processo Civil e 328-A do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. 5. Possibilidade de a parte que considerar equivocada a aplicação da repercussão geral interpor agravo interno perante o Tribunal de origem. 6. Oportunidade de correção, no próprio âmbito do Tribunal de origem, seja em juízo de retratação, seja por decisão colegiada, do eventual equívoco. 7. Não-conhecimento da presente reclamação e cassação da liminar anteriormente deferida. 8. Determinação de envio dos autos ao Tribunal de origem para seu processamento como agravo interno. 9. Autorização concedida à Secretaria desta Suprema Corte para proceder à baixa imediata desta Reclamação” (Rcl nº 7569, rel. Min. Ellen Gracie, pleno do Supremo Tribunal Federal, j. em 19.11.2009).

“PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE DETERMINOU O SOBRESTAMENTO DO RECURSO ESPECIAL NO TRIBUNAL DE ORIGEM, NOS TERMOS DO ART. 543-C, § 1º, DO CPC – NÃO CABIMENTO. 1. A decisão do presidente do Tribunal a quo que determina o sobrestamento do recurso especial sob o rito do art. 543-C do CPC, não tem cunho decisório. 2. Agravo de instrumento não é cabível ao caso, uma vez que o juízo de admissibilidade do recurso especial sequer foi realizado. Agravo regimental improvido”.

(AgRg no Ag 1.223.072/SP. Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma do STJ. J. em 09.03.2010)

4. Quanto à possibilidade de desistência, a atual posição do STJ é no sentido de considerar eficaz a desistência da ação principal ou do recurso, mas, ainda assim, fixar a tese jurídica a ser aplicada aos demais casos. Assim

Por fim, a aplicação da solução da tese jurídica (*ratio decidendi*) aos demais casos, depende da correta aplicação de técnica conhecida nos países da *common law*, com tradição de aplicação de precedentes vinculantes, neles denominada *distinguishing*, consistente na aproximação diferenciação de casos concretos, extração da *ratio decidendi* daquele já julgado e aplicação ao caso sob julgamento. A dificuldade na aplicação dessa técnica reside na pouca familiaridade que o operador do direito brasileiro tem com ela, mais acostumado à aplicação da lei e com o conceito de jurisprudência, que opera em nível mais abstrato em comparação ao precedente vinculante<sup>5</sup>.

Todos esses percalços, segundo nos parece, advêm do fato de se tratar de julgamento de um recurso referente a um caso concreto, em sede de processo subjetivo. Por ora, basta essa observação.

### 3. PROCEDIMENTO DO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE

Como é notório, o controle de constitucionalidade brasileiro é de natureza mista, ou seja, agrega tanto a forma concentrada quanto a difusa. No que tange ao controle difuso exercido por Tribunal, a Constituição brasileira adota o chamado *full bench*, ou seja, a exigência de que, para a declaração incidental de inconstitucionalidade de determinada lei, o pronunciamento seja realizado pelo pleno ou órgão especial, e não pelo relator ou mesmo pelo órgão colegiado fracionário (art. 97 da CF/88).

A procedimentalização desse conceito se dá pela sistemática estabelecida nos arts. 480-482 do Código de Processo Civil Brasileiro. Trata-se do chamado incidente de inconstitucionalidade (assim referido no art. 482, § 1º, do CPC), ou arguição de inconstitucionalidade, pela utilização de tal verbo logo no caput do art. 480. Preferimos a primeira denominação (incidente de inconstitucionalidade), por ser conceito mais útil à compreensão e aplicação do instituto, enquanto “arguição” significa apenas o ato de arguir, sem indicar mais nada acerca das características de tal procedimento.

A caracterização desse procedimento como “incidente” indica, de pronto, que ele tramita paralelamente ao processo principal, em autos apartados. Esse aspecto é essencial para a analogia que pretendemos fazer ao propor a forma procedimental e de julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no CPC Projetado.

---

ocorreu no julgamento do Resp 1.067.327/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção do STJ, j. em 24.06.2009.

5. Segundo entendemos, a decisão proferida pelo STJ ou STF em sede de recursos repetitivos é vinculante com relação aos Tribunais, que devem se retratar caso o julgamento da apelação contrarie o entendimento firmado naquela sede. O fato de a lei considerer a hipótese de manutenção da decisão, estabelecendo regras para sua reforma pelo próprio Tribunal Superior só reforça o caráter vinculante, mas indica, por outro lado, que a decisão de identificar e sobrestar os casos semelhantes não preclui, podendo ser revista quando do rejuízo (pelo Tribunal de origem) ou quando da remessa do recurso que estava sobrestado (pelo Tribunal Superior, em caso de não retratação). A nosso ver, portanto, a única possibilidade de não retratação é a verificação posterior de que o recurso havia sido indevidamente sobrestado, eis que não versava sobre matéria idêntica àquela do recurso paradigma. É plenamente plausível que tal diferença só fique clara após o julgamento do recurso afetado.

Pois bem. Por se tratar de incidente, uma vez arguida a inconstitucionalidade de lei, em caso concreto em trâmite perante Tribunal, o órgão fracionário decidirá se o admite ou não, o que, diante da competência estabelecida pelo art. 97 da Constituição, deve se limitar à análise de efetivamente se tratar de questão de constitucionalidade de lei e sua relevância para o deslinde da causa. A Turma ou Câmara pode, também, afirmar a constitucionalidade da lei, deixando de remeter ao pleno ou órgão especial (eis que a reserva de plenário se impõe apenas para a declaração de inconstitucionalidade) ou identificar que a matéria já foi decidida pelo próprio Tribunal ou pelo Supremo Tribunal Federal (art. 481, parágrafo único), deixando, também neste caso, de admitir o incidente.

Uma vez “acolhida” a “alegação”, nos termos do art. 481, *caput*, após lavrado o acórdão, a questão é, finalmente, remetida ao Pleno ou órgão especial, onde houver.

A partir daí, fica claro que se instaura procedimento em autos apartados no âmbito de órgão distinto daquele em que o processo principal tramitava. Isso porque, conforme se depreende dos parágrafos do art. 482, há um *iter* procedimental peculiar, de natureza postulatória, distinto daquele travado no processo principal. Trata-se da oitiva das pessoas de direito público responsáveis pela edição do ato, dos legitimados à propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade e de eventuais *amici curiae*.

As características desse procedimento, sobretudo no que tange a quem nele exerce o contraditório, deixam claro se tratar de incidente de natureza abstrata, aproximando-se bastante a dinâmica das ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Trata-se, pois, de incidente objetivo, no qual se decide apenas sobre a constitucionalidade da lei. O caso concreto a partir do qual o incidente fora suscitado não tem sua competência deslocada para o Pleno, permanecendo sob a competência do órgão fracionário ao qual fora originariamente distribuído.

Uma vez julgado o incidente, a decisão nele proferida retorna ao processo principal na qualidade de prejudicial de mérito. Isso significa que o órgão fracionário não poderá contrariar a decisão nele proferida, como etapa cognitiva ao julgamento da demanda concreta. Não poderá, por exemplo, aplicar lei declarada inconstitucional no incidente, ou afastar aplicação de lei considerada constitucional naquela sede, mesmo sem afirmá-la inconstitucional<sup>6</sup>.

No entanto, nada impede que, por exemplo, o órgão fracionário chegue ao mesmo resultado daquele que chegaria ao aplicar a lei declarada inconstitucional pelo pleno, caso a pretensão daquele a quem a aplicação da lei aproveitaria também esteja amparada em outro(s) fato(s) ou fundamento(s), ou seja, em outra(s) causa(s) de pedir.

---

6. Nesse sentido, a súmula vinculante nº 10 do STF estabelece o seguinte: “VIOLA A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ARTIGO 97) A DECISÃO DE ÓRGÃO FRACIONÁRIO DE TRIBUNAL QUE, EMBORA NÃO DECLARE EXPRESSAMENTE A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO DO PODER PÚBLICO, AFASTA SUA INCIDÊNCIA, NO TODO OU EM PARTE”.

Uma última percepção relevante para nossas conclusões: o operador do direito brasileiro não tem qualquer dificuldade em lidar com técnica que demande o transporte de decisão proferida em determinado processo (ou procedimento), na qualidade de prejudicial de mérito em outro. É o que ocorre na chamada vinculação positiva da coisa julgada, caso em que, por exemplo, o juiz que sentencie em ação de alimentos deve respeitar decisão já transitada em julgado que reconheceu a relação de paternidade entre autor e réu.

#### **4. PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO REFERENTE AO PROCEDIMENTO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO NOVO CPC**

Após esta breve descrição dos procedimentos aplicáveis, de um lado, aos recursos excepcionais repetitivos e, de outro, ao incidente de inconstitucionalidade, percebe-se que o incidente de inconstitucionalidade, por ser de natureza objetiva, (diferentemente da afetação de recurso paradigma), não apresenta os problemas apontados no tópico anterior. A nosso ver, tal circunstância se dá sobretudo pelo fato de não haver necessidade de seleção de caso piloto, o que, por si só, elimina: (i) a dificuldade de seleção do(s) caso(s) mais “representativos da controvérsia”, diante da natural dificuldade em se aplicar esse conceito indeterminado; (ii) a necessidade de domínio da técnica do *distinguishing* tanto no momento do sobrestamento do recurso, quanto na posterior aplicação da tese jurídica aos casos com fundamento em idêntica questão de direito.

A problemática acerca da recorribilidade da decisão que determina o sobrestamento, como já referido, decorre do item (ii) acima. Caso, como ora proposto, o incidente de resolução de demandas repetitivas seja tratado como incidente abstrato, eliminam-se (ao menos potencialmente) a necessidade de recurso para demonstrar as diferenças no substrato fático da demanda, em relação àquele do caso paradigma afetado, restando apenas identificar a identidade da tese jurídica. Essa segunda hipótese, a nosso ver, é bem menos problemática, eis que a riqueza e diversidade dos fatos é certamente maior e mais problemática do que a de teses jurídicas.

Aliás, o simples fato de se estabelecer que a tese jurídica será fixada em um “incidente”, assim como a declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Tribunal, já indica se tratar de questão decidida de forma autônoma em relação à principal, e não em deslocamento de competência para o julgamento da demanda em si.

Por fim, a questão da possibilidade ou não de desistência do recurso afetado, muito embora não decorra da necessidade de seleção de casos piloto em si, têm origem no fato de se estar diante de processo subjetivo. Explica-se.

É notória a impossibilidade de desistência em processos de natureza objetiva. É o que estabelece expressamente, por exemplo, o art. 5º da Lei 9.868/99. Isso porque o legitimado ativo, nesses casos, não é o titular do direito material.

Já nos processos subjetivos, é direito subjetivo da parte desistir da própria ação, de recurso ou qualquer outro incidente, diante do princípio dispositivo e do fato de

ser titular do direito material versado na lide (Arts. 128, 158, 267, VIII, 501 e 502), todos do CPC).

A fim de evitar que o exercício dessa prerrogativa impedisse a fixação da tese jurídica, o STJ, de forma pouco ortodoxa, se viu obrigado a criar a tese, já referida em julgado reproduzido anteriormente, segundo a qual o julgamento do recurso repetitivo seria justamente uma espécie de procedimento abstrato, descolado, portanto, do recurso que lhe deu origem. A desistência, portanto, apesar de eficaz, não teria o condão de impedir o julgamento e fixação da tese jurídica.

*Mutatis mutandis*, o STJ, para resolver o problema de possibilidade ou não de desistência do recurso, fez construção semelhante à que ora propomos. A diferença, no entanto, e que torna a solução do STJ para tal caso pouco ortodoxa, é que a lei prevê expressamente que o recurso será remetido e julgado, valendo como paradigma para outros casos semelhantes. Em outras palavras, primeiro se julga um recurso oriundo de um processo subjetivo, de uma causa concreta; depois se extrai sua *ratio decidendi* para aplicação em outros casos.

Já no presente caso, não há clareza no texto do projeto, como expusemos desde o início, acerca do caráter concreto ou abstrato, subjetivo ou objetivo do incidente de resolução de demandas repetitivas. Refaço a pergunta que representa a problematização enfrentada neste trabalho: seria ele um incidente cuja propósito é deslocar a competência para julgamento do pedido especificamente deduzido no processo em que foi suscitado, ou um incidente autônomo cuja função é fixar a tese jurídica correta, a ser considerada como um fundamento inafastável ou prejudicial de mérito no processo principal? Como o texto do projeto, conforme já referido, não se posiciona, nos parece bem menos problemática a adoção da segunda posição, se comparada à solução dada pelo STJ para a hipótese de desistência.

Aliás, em apoio ao que ora se disse, note-se que o art. 988, § 5º, do Substitutivo do Projeto do Novo CPC a ser votado no plenário da Câmara dos Deputados dispõe exatamente que “a desistência ou o abandono da causa não impede o exame do mérito do incidente”.

Por fim, há que se considerar que, adotada a mesma ideia dos recursos repetitivos para o incidente de resolução de demandas repetitivas, ou seja, ao considerar que o incidente, uma vez admitido, geraria o deslocamento da competência para julgamento do caso concreto para o órgão especial ou pleno do Tribunal, haveria inegável supressão de instância e violação do duplo grau de jurisdição. Não se pode comprar tal situação às de competência originária de Tribunal, a fim de considerá-la regular. Isso porque, nos casos de competência originária de Tribunal, como, por exemplo, no caso de mandado de segurança, o recurso cabível tem ampla devolutividade (no caso, o recurso ordinário), ainda que julgado por Tribunal Superior. No entanto, no caso da decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas, o texto do Projeto (arts 997 e 998) deixa claro que os recursos cabíveis serão o recurso especial e o recurso extraordinário, os quais, por sua resolutividade restrita, não propiciam reexame típico do duplo grau de Jurisdição.

Sendo assim, a proposta objetiva deste trabalho é a seguinte: o incidente de resolução de demandas repetitivas deve ser encarado como incidente objetivo e cujo escopo é o de definir a tese jurídica em abstrato, sem julgar o caso concreto em que fora suscitado. Uma vez fixada a tese, o caso concreto em que o incidente foi suscitado (e, ademais, todos os que versem questão idêntica), será julgado de acordo com suas peculiaridades, porém sem contrariar o posicionamento jurídico já delimitado no incidente.

## BIBLIOGRAFIA

- CABRAL, Antonio do Passo. *O novo procedimento-modelo (musterverfahren) Alemão: uma alternativa às ações coletivas*. Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 147, ano 32, maio, 2007, p. 123-145.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo código de processo civil*. Revista de Processo, São Paulo: RT, nº 193, ano 36, p. 255-280, mar., 2011, p. 255-280.
- \_\_\_\_\_. *Incidente de resolução de causas repetitivas no novo CPC*. ROSSI, Fernando; RAMOS, Glauco Gumerato; GUEDES, Jefferson Carús; DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (Coord.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 329-347.
- DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil, vol. 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais*. 11 ed. Salvador: Iuspodivm, 2013, pp.339-348.
- GAIO JR. Antônio Pereira. *Incidente de resolução de demandas repetitivas no Projeto de novo CPC – Breves apontamentos*. Revista de Processo, São Paulo: RT, nº 199, ano 36, set., 2011, p.247-256.
- GONÇALVES, Marcelo Barbi. *O incidente de resolução de demandas repetitivas e a magistratura deitada*. Revista de Processo, São Paulo: RT, nº 222, ano 38, ago., 2013, p. 221-248.
- LÉVY, Daniel de Andrade. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto do Novo Código de Processo Civil – exame à luz da Group Litigation Order britânica*. Revista de Processo, São Paulo: RT, nº 196, ano 36, jun., 2011, p. 165-206.
- VIAFORE, Daniele. *As semelhanças e as diferenças entre o procedimento – modelo alemão musterverfahren e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas” no PL 8.046/2010*. Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 217, março, 2013, p. 257-308.

# A ADJUDICAÇÃO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*HELDER MORONI CÂMARA<sup>1</sup>*

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “CPC”, aprovou, em 16 de julho de 2013, o texto do projeto de um novo CPC, que, ao que tudo indica, será levado a votação até o final do ano de 2013 (Projeto)<sup>2</sup> e deverá entrar em vigor até 2015 (ao menos essa é a expectativa daqueles mais proximamente envolvidos com a tramitação).

Por seu turno, o texto do anteprojeto<sup>3</sup> que deu origem àquele recentemente aprovado (e acima mencionado) foi elaborado tomando por norte a noção de que o processo deve servir de meio efetivo para o reconhecimento e a realização de direitos.

A esse respeito, a exposição de motivos do anteprojeto traz a lume que

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a 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. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.

Não há fórmulas mágicas. O Código vigente, de 1973, operou satisfatoriamente durante duas décadas. A partir dos anos noventa, entretanto, sucessivas reformas, a grande maioria delas lideradas pelos Ministros Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, introduziram

---

1. Doutorando em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Mestre e especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Especialista em Direito Empresarial pela FGV. Professor dos cursos de Pós-graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado em São Paulo.

Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/substitu-tivo-cpc-16-07-13>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

2. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/substitu-tivo-cpc-16-07-13>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

3. Disponível em: <[www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf](http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2010.

no Código revogado significativas alterações, com o objetivo de adaptar as normas processuais a mudanças na sociedade e ao funcionamento das instituições.

Reconhecendo, portanto, de um lado, a necessidade de o sistema processual atentar-se para a realização dos direitos afirmados pelos jurisdicionados e, de outro lado, também reconhecendo que as paulatinas modificações introduzidas no CPC 1973 tiveram relevante papel para tal desiderato, afirma-se ainda na exposição de motivos que, de qualquer modo,

Há mudanças necessárias, porque reclamadas pela comunidade jurídica, e correspondentes a queixas recorrentes dos jurisdicionados e dos operadores do Direito, ouvidas em todo país. Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais. Assim, e por isso, um dos métodos de trabalho da Comissão foi o de resolver problemas, sobre cuja existência há praticamente unanimidade na comunidade jurídica.

Percebe-se, então, que a comissão pautou-se, dentre outros objetivos, por proporcionar à sociedade meios harmônicos com as garantias constitucionais que propiciem o reconhecimento e a realização dos direitos, na busca de solução para os problemas recorrentemente apontados pelos jurisdicionados e operadores do Direito.

Todavia, não nos parece que a comissão tenha aplicado esse seu ideário relativamente à adjudicação na execução por quantia certa, posto que diversos **problemas** relacionados a essa modalidade de expropriação, que passou a ser o principal e preferencial de tais meios, permaneceram os mesmos e, conforme cremos, a oportunidade de elaboração de um novo CPC não só pode, como deve ser aproveitada para fins de ao menos minorar tais problemas e extirpar do sistema processual determinados questionamentos que até hoje, mesmo no bojo do Projeto, ainda persistem.

## 2. A ADJUDICAÇÃO NO PROJETO

A adjudicação na execução por quantia certa, no cerne do Projeto, é prevista, inicialmente, no art. 690, que estabelece que os

embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença, e, no processo de execução, até cinco dias depois da adjudicação, alienação por iniciativa particular ou da arrematação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta.

Por seu turno, o art. 841 mantém a adjudicação como o preferencial dos meios expropriatórios, conforme disposto no inciso I do mencionado dispositivo, estabelecendo ainda o art. 842 do Projeto que, antes de adjudicados os bens, poderá o executado, a todo momento, remir a execução, “pagando ou consignando a importância atualizada da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios”.

Até aqui novidade alguma adveio, já que os arts. 647 e 651, ambos do CPC 1973, trazem as mesmas previsões.

O art. 879 do Projeto, em seu § 2º, estabelece que, antes da adjudicação de empresas que funcionem sob regime de concessão pública, deverá ser previamente ouvido

a esse respeito o ente público que houver outorgado tal concessão, o que igualmente não caracteriza novidade, vez que o art. 678 do CPC 1973, em seu parágrafo único, contém idêntica previsão.

O procedimento da adjudicação e seu delineamento estão dispostos na Subseção I (Da adjudicação) da Seção IV (Da expropriação de bens) do Capítulo IV (Da execução por quantia certa contra devedor solvente), nos arts. 892 a 894 do Projeto, que trazem poucas novidades, quais sejam: (i) requerida a adjudicação, será dada ciência ao executado, na pessoa de seu advogado, da defensoria pública, ou mesmo por meio eletrônico (art. 892, § 1º, incisos I a III), considerando-se intimado o executado “quando o executado houver mudado de endereço sem prévia comunicação ao juízo” (art. 892, § 2º); (ii) reconhece-se a plena possibilidade de a adjudicação também poder ser realizada em prol do(a) companheiro(a) do executado (art. 892, § 5º); e (iii) estabeleceu-se um prazo impróprio de cinco dias, para que a adjudicação seja realizada, a contar da intimação dos eventuais legitimados a também adjudicar, ou da solução de eventuais questões (art. 893, *caput*).

Não obstante o quanto destacamos, a redação do § 6º do art. 892 do Projeto, ao que nos parece, poderá gerar certa confusão, vez que estabelece que, “se houver mais de um pretendente, proceder-se-á entre eles a licitação, tendo preferência, em caso de igualdade de oferta, o cônjuge, o companheiro, o descendente ou o ascendente, nessa ordem”, dando a entender, portanto, que o cônjuge teria preferência sobre o companheiro, quando, em verdade, o indivíduo casado não poderá ter um companheiro com ele convivendo em união estável, já que uma situação jurídica impede a outra, conforme entendimento já manifestado pelo STJ.<sup>4</sup>

Ademais, não se pode crer que haja distinção ou mesmo grau de preferência entre cônjuges e companheiros, especialmente tendo em vista o quanto disposto no § 3º do art. 226 da CF.

Como se não bastasse, o art. 894 do Projeto determina que, “frustradas as tentativas de alienação do bem, será reaberta oportunidade para requerimento de adjudicação, caso em que também se poderá pleitear a realização de nova avaliação”.

Da dicção do mencionado dispositivo, chega-se à conclusão de que, não requerida a adjudicação direta, ou seja, não requerida de plano, e uma vez iniciados atos condizentes à alienação dos bens penhorados, tão somente após frustradas tais tentativas de alienação reabrir-se-ia a oportunidade para adjudicar.

Todavia, não cremos que essa solução seja a melhor para a espécie. Como cediço, tanto no sistema atual do CPC 1973 quanto no próprio Projeto, a adjudicação remanesce como o meio preferencial para expropriação dos bens, e suspender, por qualquer momento que seja, a possibilidade de se adjudicar não nos parece medida razoável nem mesmo condizente com um sistema processual que visa proporcionar o

---

4. Disponível em: < [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=105225](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=105225)>. Acesso em: 29 jul. 2013.

efetivo “reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados”.<sup>5</sup>

Mas não é só: o dispositivo ora em comento terá implicações bastante relevantes no que se refere ao que denominamos em trabalho monográfico sobre o tema<sup>6</sup>, de adjudicação remição, isto porque, não exercido o direito de adjudicar por parte dos familiares ou mesmo sócios do executado (no caso de penhora sobre participação societária), e realizados atos de alienação, não mais será possível a liberação dos bens penhorados ou mesmo a proteção dos interesses de tais legitimados.

Não obstante, percebe-se ainda que o referido dispositivo do Projeto vai de encontro com a posição jurisprudencial no sentido de não se poder falar, nem mesmo admitir alegação, de intempestividade da adjudicação, que pode ser requerida a qualquer momento até assinatura de eventual carta de arrematação ou mesmo adjudicação, entendimento este ao qual nos filiamos e que entendemos deve ser mantido, especialmente tendo em vista o caráter preferencial da adjudicação, bem como os antecedentes que deram azo à modalidade de **adjudicação remição**.

No nosso ponto de vista, portanto, o Projeto, ao contrário do que se intencionou, e ao menos no que se refere à adjudicação, não logrou atingir os objetivos a que se propôs e, se de um lado não trouxe novidades de relevo, de outro acabou por inquirar a adjudicação de problemas que antes não lhe afetavam.

### 3. SUGESTÕES PARA O PROJETO

Ressaltamos, desde logo, que não pretendemos com o presente breve estudo da adjudicação no Projeto arvorar-nos na posição do engenheiro de obra feita, que em posição privilegiada, nada tendo colaborado para com a edificação, apenas e tão somente se propõe a criticar o árduo trabalho já realizado.

Em que pese desnecessário, apontamos nosso profundo respeito pelo Projeto e por seus idealizadores diretos, bem como nosso entusiasmo com a oportunidade trazida por tal momento.

E justamente em virtude dessa oportunidade única que se abre a nós e a todos os operadores de Direito, e mesmo cientes de nossas limitações, ousamos apontar algumas sugestões que, a nosso sentir, inicialmente deveriam ser discutidas e, reconhecidas relevantes, albergadas pelo Projeto, quais sejam:

- valor da adjudicação: cremos, firmes na doutrina e jurisprudência estrangeira que amplamente aqui analisamos em trabalho monográfico sobre o tema, que o adjudicante, especialmente quando a adjudicação representa pagamento, deve receber certa comodidade e, assim sendo, deveria ser reconhecida a possibilidade de a

5. Exposição de Motivos do Anteprojeto.

6. CÂMARA, Helder Moroni. *A Nova Adjudicação na Execução Civil*. Curitiba: Editora Conceito, 2013. No prelo.

adjudicação se dar por valor inferior ao da avaliação, estabelecendo-se, assim, certo abatimento a ser concedido ao adjudicarem-se os bens penhorados;

- legitimados: em que pese ter andado bem o Projeto ao estabelecer que o companheiro também tem legitimidade para pleitear a adjudicação remição, cremos que poderia o Projeto também albergar, de maneira expressa, a possibilidade de os companheiros em relação homoafetiva igualmente poderem adjudicar;
- licitação adjudicatória: uma vez mais o legislador quedou-se silente a esse respeito. Contudo, tendo em vista a adjudicação ter se transformado no meio preferencial de expropriação, acreditamos que cada vez mais seu âmbito de incidência exponencialmente se alargará e, dessa forma, para evitarem-se futuras dificuldades interpretativas e de aplicação da norma, deveria o Projeto tratar expressamente desse tema, regulando o concurso licitatório bem como escorando-se, para tanto, no Direito italiano e português, os quais, cada um a seu modo, preconizam que em havendo mais de um interessado em legitimar, será designada audiência para processamento da licitação adjudicatória.

Por fim, destacamos que as sugestões que colacionamos nem são e nem têm o condão de serem exaustivas. Todavia, com base no que analisamos ao longo de todo o presente trabalho, cremos que, se tais pontos forem trazidos para o Projeto e para o novo CPC, certamente a adjudicação, cada vez mais, representará importante instrumento para o alcance do desfecho único da execução: satisfação do crédito detido e perseguido pelos credores do executado.



# O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO E A VERSÃO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS PARA O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO<sup>1</sup>

## 1. PREMISSAS TEÓRICAS.

Nos últimos anos vem se intensificando a busca por formas alternativas de resolução de conflitos, seja para alijar a jurisdição da excessiva carga que lhe é imposta, seja para conferir melhor tratamento a assuntos que estariam além do seu alcance. Métodos revelados através da negociação, mediação, arbitragem e suas variantes, são considerados uma *alternativa*<sup>2</sup> por serem mais baratos, mais consensuais e assim por diante.

Amplamente popularizada fora dos Tribunais norte-americanos, a mediação tornou-se alvo de um movimento para sua institucionalização<sup>3</sup> no sistema judicial, o que vem preocupando estudiosos que temem por sua possível imobilização, já que é conhecida pela procura voluntária, desenvolvimento espontâneo e extrajudicialidade.

O crescimento da mediação em um contexto institucional pode certamente expor e criar maior interesse no processo, mas não é o mecanismo ideal para difundir a prática mediativa. Assim como, torná-la um procedimento obrigatório, seja pré-processual ou incidental, não atende aos interesses das partes, sendo conveniente apenas para a redução da carga de trabalho dos tribunais<sup>4</sup>.

Esse crescimento é bastante influenciado pelo contexto local. Nos sistemas *common law*, como Estados Unidos, Austrália, Canadá e Inglaterra, a mediação e outras formas de ADR vem crescendo mais rapidamente do que em sistemas *civil law*, como no Brasil, Alemanha, Itália.

- 
1. Professor Associado de Direito Processual Civil na UERJ. Professor Adjunto na UNESA. Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro. Informações adicionais sobre o autor e contato: <http://www.humbertodalla.pro.br> e [humbertodalla@gmail.com](mailto:humbertodalla@gmail.com).
  2. "The use of these processes has become so increasingly pervasive that the 'alternative' of ADR is increasingly being dropped in favor of such terms as 'complementary', 'additional', 'appropriate', or simply 'dispute resolution'. In addition, points out that "Interestingly, some of mediator's greatest supporters are not in favor of dropping the 'alternative' from the description of ADR because they fear that by doing so, the process will become just like more traditional methods of dispute resolution – expensive, time-consuming, and not necessarily just." (PRESS, 1997, 903).
  3. "Mediation was institutionalized in courts over the last twenty-five years, in part, to provide access to justice that was otherwise unavailable in the civil justice system. Some scholars question whether this institutionalization offers anything that looks like justice." (NOLAN-HALEY, 2004, 57).
  4. Para aprofundamento dessa ideia, ver PINHO; PAUMGARTTEN, 2013, p. 213.

Vista muitas vezes como uma justiça de segunda classe, a mediação não é um processo novo, mas ainda incipiente na arena legal.

Mediar não significa o mesmo para todos. Centralizando o conceito de mediação na figura do terceiro, fala-se muito do seu importante papel facilitador do acordo, enquanto especialista na matéria em litígio, ou ainda, na tarefa que esse terceiro imparcial tem para instigar as partes à uma avaliação de suas respectivas posições com mais precisão diante de um conflito, a fim de chegarem a uma solução por si próprios.

Enfim, numa definição simples e direta, a mediação é o procedimento por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que irá contribuir na busca pela solução do conflito. Esse terceiro não tem a missão de decidir (e nem a ele foi dada autorização para tanto). Ele apenas auxilia as partes na obtenção da solução consensual.

Entretanto, a qualidade central da mediação é na verdade, o aspecto relacional que Lon Fuller<sup>5</sup> já havia mencionado em artigo publicado há mais de quarenta anos.

É caminhar ao desmanche<sup>6</sup> do conflito, através de numa prática discursiva, do diálogo e não da força coercitiva, segundo a ideia reguladora da possibilidade do consenso, cuja legitimidade do resultado encontra suas bases no próprio processo comunicativo que lhe originou.

A ideia de Luis Alberto Warat<sup>7</sup>, para quem o objetivo da mediação não seria o acordo, mas a mudança das pessoas e seus sentimentos parece coadunar com o conceito tradicional de Lon Fuller.

Somente desta forma seria possível transformar e redimensionar os efeitos da conflituosidade, acompanhando a premissa segundo a qual os conflitos nunca desaparecem por completo; apenas se transformam e necessitam de gerenciamento e monitoramento a fim de que sejam mantidos sob controle.

No entanto, o que se observa é que os programas de mediação vem sendo sobejamente incorporados aos Tribunais<sup>8</sup>, notadamente em assuntos ou locais aonde a mediação não é amplamente utilizada. Contudo, qual é o impacto da institucionalização generalizada da mediação e da sua incorporação pelos Tribunais? Como evitar que a mediação se torne tão interligada com a adjudicação? O controle estatal dos programas de mediação trazidos para o âmbito jurisdicional sob o argumento de apresentação e expansão do uso deste método de ADR subsistirá por quanto tempo? É temporário? Como será então, o processo de restituição da mediação ao contexto extrajudicial?

A expressiva divergência entre a teoria da mediação e estas práticas é o maior desafio a ser enfrentado pelo futuro em termos de qualidade da mediação. E para enfrentá-lo,

---

5. FULLER, 1971, 305

6. RESTA, 2010, 38.

7. WARAT, 2001, p. 31.

8. PRESS, 2011, 819.

é imprescindível resgatar a racionalidade por trás do fundamento da mediação exposto no conceito de Lon Fuller.

Assim como, atingir essa qualidade, não significa ancorar o processo de mediação na submissão das partes às regras de procedimentos, mas justamente o contrário.

A institucionalização da mediação e a sua realização nas dependências dos Tribunais, é evidente. A integração da mediação aos códigos de processo civil caminha em direção a uma fusão entre a normatização e a mediação, tornando-a uma *“importante parte de uma nova era do processo civil”*.<sup>9</sup> A primeira vista, a institucionalização pode até significar um avanço, mas acaba por enfraquecer as escolhas das partes envolvidas no conflitos.

A mediação é uma das formas de resolução de conflitos que via de regra acontece no ambiente extrajudicial, quando as partes optam por mediar por sua própria iniciativa através de serviços privados, mas também não há impedimento que aconteça num ambiente intrajudicial. Nada obsta, que a mediação realizada na esfera privada tenha repercussão no processo judicial, possibilitada por uma suspensão do processo, por exemplo.

Vistas essas premissas teóricas, que vêm orientando nosso estudo nos últimos anos, apresentamos, a seguir um breve histórico da introdução do instituto da mediação no direito brasileiro.

## 2. A EVOLUÇÃO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL

No Brasil, a mediação começou a ganhar forma legislativa com o Projeto de Lei nº 4.827/98, oriundo de proposta da Deputada Zulaiê Cobra, tendo o texto inicial levado à Câmara uma regulamentação concisa, estabelecendo a definição de mediação e elencando algumas disposições a respeito.

Na Câmara dos Deputados, já em 2002, o projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e enviado ao Senado Federal, onde recebeu o número PLC 94, de 2002. Em 2004, com a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, tornou-se necessário adequar o texto às novas disposições constitucionais, o que levou à um novo relatório do P.L. 94.

Foi aprovado, então, o Substitutivo (Emenda nº 1-CCJ), enviado à Câmara dos Deputados em julho de 2006. Em agosto, o projeto foi encaminhado à CCJC, e dele não se teve mais notícia até o mês de junho de 2013, quando, inesperadamente, voltou a tramitar.

Em 2009 foi convocada uma Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro Luiz Fux, e tendo como Relatora a Profa. Teresa Wambier, com o objetivo de apresentar um novo Código de Processo Civil.

---

9. NOLAN-HALEY, 2004, 57.

Em tempo recorde, foi apresentado um Anteprojeto, convertido em Projeto de Lei (nº 166/10), submetido a discussões e exames por uma Comissão especialmente constituída por Senadores, no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal.

Na redação original, o texto tratava da conciliação e da mediação nos artigos 134 a 144.

Em dezembro de 2010, foi apresentado um Substitutivo pelo Senador Valter Pereira, aprovado pelo Pleno do Senado com duas pequenas alterações<sup>10</sup>. O texto foi então encaminhado à Câmara dos Deputados, onde foi identificado como Projeto de Lei nº 8046/10<sup>11</sup>.

Nesta nova versão, que alterou mais de 400 dispositivos do Anteprojeto, mediação e conciliação foram disciplinadas nos artigos 144 a 153, com alguns ajustes que serão vistos no próximo item.

No início do ano de 2011 foram iniciadas as primeiras atividades de reflexão sobre o texto do novo CPC, ampliando-se, ainda mais, o debate com a sociedade civil e o meio jurídico, com a realização conjunta de atividades pela Comissão, pela Câmara dos Deputados e pelo Ministério da Justiça.

Em agosto de 2011, foi criada uma comissão especial para exame do texto, sob a presidência do Dep. Fabio Trad. Apresentada a primeira versão, em 2012, o Dep. Paulo Teixeira assumiu a presidência da Comissão. Duas novas versões foram apresentadas e, em julho de 2013 o texto foi levado a votação na Comissão Especial da Câmara. Neste texto utilizaremos esta versão (maio/2013).

Paralelamente aos trabalhos da Comissão do NCPC, em novembro de 2010, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125<sup>12</sup>, que regulamentou as atividades de conciliação e mediação judiciais, com base nas seguintes premissas:

- a) o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa;
- b) nesse passo, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação;
- c) a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios;

---

10. Conferir a tramitação legislativa com mais detalhes em PINHO, 2011, 219.

11. Todos os passos da tramitação do Projeto do Novo CPC podem ser acompanhados em nosso blog: <http://humbertodalla.blogspot.com>.

12. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>.

- d) a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças;
- e) é imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais;
- f) a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça;

O art. 1º da Resolução institui a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, com o objetivo de assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados, deixando claro que incumbe ao Poder Judiciário, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Para cumprir tais metas, os Tribunais deverão criar os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, e instalar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

A Resolução trata ainda da capacitação dos conciliadores e mediadores, do registro e acompanhamento estatístico de suas atividades e da gestão dos Centros. Traz, em anexo, o Código de Ética de conciliadores e mediadores judiciais e o conteúdo mínimo dos cursos de formação e aperfeiçoamento de magistrados, mediadores e servidores.

Já com a Resolução 125 do CNJ em vigor, diante das perspectivas de regramento da mediação judicial pelo Novo CPC, e ante a necessidade de tratar de questões concernentes à integração entre a adjudicação e as formas autocompositivas, em agosto de 2011, tivemos a oportunidade de apresentar sugestões ao Senador Ricardo Ferraço, então envolvido com os trabalhos da terceira edição do Pacto Republicano.

Formamos grupo de trabalho ao lado das professoras Trícia Navarro e Gabriela Asmar e nos dedicamos à tarefa de redigir um novo Anteprojeto de Lei de Mediação Civil. Após exame da Consultoria do Senado, foi apresentado o Projeto de Lei do Senado que tomou o número 517<sup>13</sup>, e que já segue o procedimento legislativo no Senado Federal.

O Projeto trabalha com conceitos mais atuais e adaptados à realidade brasileira. Assim, por exemplo, no art. 2º dispõe que *“mediação é um processo decisório conduzido por terceiro imparcial, com o objetivo de auxiliar as partes a identificar ou desenvolver soluções consensuais”*.

---

13. O texto pode ser consultado no sítio do Senado Federal, em <http://www.senado.gov.br>.

Quanto às modalidades, o art. 5º admite a mediação prévia e a judicial, sendo que em ambos os casos pode, cronologicamente, ser prévia, incidental ou ainda posterior à relação processual.

É comum encontrarmos referências à mediação prévia e incidental, mas raramente vemos a normatização da mediação posterior, embora esteja se tornando cada vez mais comum (obviamente, há necessidade de se avaliar os eventuais impactos sobre a coisa julgada, o que não será analisado neste trabalho).

Outra inovação pode ser vista no critério utilizado para conceituar a mediação judicial e a extrajudicial. Optou-se por desvincular a classificação do local da realização do ato, adotando-se como parâmetro a iniciativa da escolha.

Assim, pelo art. 6º, *“a mediação será judicial quando os mediadores forem designados pelo Poder Judiciário e extrajudicial quando as partes escolherem mediador ou instituição de mediação privada”*.

Não foram estabelecidas restrições objetivas ao cabimento da mediação. Basta que as partes desejem, de comum acordo, e que o pleito seja considerado razoável pelo magistrado (art. 7º).

A mediação não pode ser imposta jamais, bem como a recusa em participar do procedimento não deve acarretar qualquer sanção a nenhuma das partes (§ 2º), cabendo ao magistrado, caso o procedimento seja aceito por todos, decidir sobre eventual suspensão do processo (§ 4º) por prazo não superior a 90 dias (§ 5º), salvo convenção das partes e expressa autorização judicial.

Ainda segundo o texto do Projeto, o magistrado deve *“recomendar a mediação judicial, preferencialmente, em conflitos nos quais haja necessidade de preservação ou recomposição de vínculo interpessoal ou social, ou quando as decisões das partes operem consequências relevantes sobre terceiros”* (art. 8º).

Por outro lado, caso se verifique a inadequação da mediação para a resolução daquele conflito, pode o ato ser convalidado em audiência de conciliação, se todos estiverem de acordo (art. 13).

Enfim, sem ingressar nas questões específicas do Projeto, importante ressaltar a intenção de uniformizar e compatibilizar os dispositivos do Novo CPC e da Resolução nº 125 do CNJ, regulando os pontos que ainda estavam sem tratamento legal.

Em março de 2013, o CNJ editou a Emenda Regimental nº 01, fazendo ajustes na Resolução nº 125/10 e deixando ainda mais clara a ideologia que orienta a política pública de solução adequada de conflitos<sup>14</sup>.

---

14. “Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. Nas hipóteses em que este atendimento de cidadania não for imediatamente implantado, esses serviços devem ser gradativamente ofertados no prazo de 12 (doze) meses. Art. 2º Na implementação da política Judi-

Também no início de 2013 foi constituída comissão sob a Presidência do Min. Luiz Felipe Salomão, integrante do Superior Tribunal de Justiça, com o objetivo de apresentar o anteprojeto da nova Lei de Arbitragem e Mediação<sup>15</sup>.

Em maio de 2013, o Ministério da Justiça, por intermédio da Secretaria de Reforma do Judiciário, em parceria com o Conselho Nacional de Justiça, convocou uma comissão de especialistas para apresentar um anteprojeto de lei sobre mediação judicial e extrajudicial<sup>16</sup>.

### **3. PRINCIPAIS ASPECTOS DA MEDIAÇÃO NO SUBSTITUTIVO DA CÂMARA APRESENTADO AO P.L. 8.046/10**

Em 20 de março de 2013, o Deputado Paulo Teixeira, Relator na Câmara dos Deputados do PL 8046/10, apresentou a minuta de Substitutivo. A versão revisada seria publicada no dia 17 de abril. Contudo, no dia 16 foi apresentado requerimento de adiamento por 20 sessões, e até o fechamento desse artigo não tivemos acesso ao texto final. Em maio foi apresentada a versão definitiva, levada a votação em julho, sem resultado até o fechamento deste artigo.

Assim sendo, faremos nossa análise a partir do último texto disponibilizado, que acreditamos não deve sofrer grande alteração daqui para frente.

A primeira observação diz respeito à localização geográfica do tema no projeto. Mediação e conciliação são regulamentadas por meio do enfoque às atividades do mediador e conciliador, que são tratados como auxiliares do magistrado.

Assim, na redação atualmente disponível do Projeto do novo CPC, podemos identificar a preocupação da Comissão com os institutos da conciliação e da mediação, especificamente nos artigos 166 a 176.

O Projeto enfoca, especificamente, a mediação feita dentro da estrutura do Poder Judiciário. Isso não exclui, contudo, a mediação prévia ou mesmo a possibilidade de utilização de outros meios de solução de conflitos (art. 176).

A questão mais relevante, a nosso sentir, está na clara opção da Comissão de Juristas pela forma facultativa, e não obrigatória de utilização da mediação.

Importante enfatizar esta questão, eis que no passado houve grande controvérsia acerca deste ponto, e no atual momento de revisão do texto pela Câmara, alguns fantasmas teimam em voltar a assombrar a comunidade acadêmica.

---

ciária Nacional, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social, serão observados: I – centralização das estruturas judiciárias; II – adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores; III – acompanhamento estatístico específico. (Dispositivos alterados pela Emenda nº 1, de 31 de janeiro de 2013, disponibilizada no DJ-e nº 22/2013, em 04/02/2013, pág. 2-6).

15. <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/04/03/comissao-de-juristas-apresentara-proposta-de-modernizacao-da-lei-de-arbitragem-em-seis-meses>. Consulta em 20 de abril de 2013.

16. <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ULTIMAS-NOTICIAS/441916-GRUPO-DE-JURISTAS-VAI-PROPOR-MARCO-LEGAL-DA-MEDIACAO-E-CONCILIACAO-NO-BRASIL.html>

Isto porque o Projeto de Lei nº 4.827/1998 criava duas espécies de mediação: a prévia e a incidental. Enquanto aquela se realiza em momento anterior à instauração de demanda perante o Poder Judiciário, a mediação incidental, como o próprio nome sugere, ocorreria quando já estivesse em curso o processo judicial.<sup>17</sup>

O Capítulo V do PL 4.827/98, dedicado à mediação incidental, encerrava em seu primeiro artigo um dos aspectos mais polêmicos daquela proposta legislativa: a obrigatoriedade de realização desse procedimento em todos os processos de conhecimento, salvo as exceções elencadas nos incisos do art. 34.

Vale lembrar que a versão inicial, de autoria da Deputada Zulaiê Cobra, não obrigava as partes a participarem da mediação, facultando ao juiz convencê-las da conveniência de se submeter a este método de resolução do conflito.<sup>18</sup>

A versão final do Projeto, cujos dispositivos impunham a tentativa de mediação entre as partes em litígio, decorreu da fusão entre a proposta inicial da Deputada, concisa e enxuta, que instituiu a mediação de maneira facultativa, e o anteprojeto elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual e pela Escola Nacional de Magistratura, mais detalhado, com enfoque na mediação prévia e incidental, sendo esta última obrigatória.<sup>19</sup>

Com efeito, pensamos que a questão não deve ser colocada nesses termos, ou seja, facultativa ou obrigatória. Na verdade, há hipóteses nas quais a mediação se mostra mais adequada, e nessas a oferta deve ser feita de forma mais clara, podendo consistir numa etapa regular do procedimento.

Nesse sentido, não custa lembrar a própria Lei nº 9.099/95, que há quase 20 anos estabeleceu a audiência de conciliação como uma das fases do procedimento, prevendo, inclusive sanções para a parte faltosa (ou a extinção do processo ou a revelia, de acordo com quem tenha faltado injustificadamente).

Interessante trazer à colação a experiência Britânica; as *Civil Procedure Rules* tratam do uso dos meios alternativos perante a Corte.

Dispõe a Rule 1.4<sup>20</sup> que a Corte tem o dever de gerenciar (manage) ativamente os casos, o que inclui, dentre outras providências: “(e) encouraging the parties to use an alternative dispute resolution”.

17. Art. 3º do Projeto de Lei: “A mediação paraprocessual será prévia ou incidental, em relação ao momento de sua instauração, e judicial ou extrajudicial, conforme a qualidade dos mediadores”.

18. Previra-se a possibilidade de o juiz recomendar a mediação, no curso do processo (“Art. 4º Em qualquer tempo e grau de jurisdição, pode o juiz convencer as partes da conveniência de se submeterem a mediação extrajudicial ou, com a concordância delas, designar mediador, suspendendo o processo pelo prazo de até três meses, prorrogável por igual período.”), bem como a possibilidade de as próprias partes, em caráter preliminar, o requererem (“Art. 6º Antes de instaurar o processo, o interessado pode requerer ao juiz que, sem antecipar-lhe os termos do conflito e de sua pretensão eventual, mande intimar a parte contrária para comparecer à audiência de tentativa de conciliação ou mediação. A distribuição do requerimento não previne o juízo, mas interrompe a prescrição e impede a decadência.”).

19. O trâmite legislativo integral do projeto se encontrava disponível na Internet, no endereço do Instituto Brasileiro de Direito Processual, [www.direitoprocessual.org.br](http://www.direitoprocessual.org.br), com última consulta em 01.06.2007.

20. “Civil Procedure Rules. Part. One. Overriding Objective.

(...) 1.4 Court’s duty to manage cases

Nesse passo, como noticia Fernanda Pantoja<sup>21</sup>, apesar de existirem precedentes da *High Court*, no sentido de restringir as possibilidades de as partes recusarem a recomendação para a mediação, chegando inclusive a determinar a sua realização mesmo quando uma das partes havia expressamente rechaçado essa alternativa, em Decisão de maio de 2004, a *English Court of Appeal* limitou o poder da *High Court* de impor a tentativa de mediação aos litigantes, ao argumento de que obrigar partes que não desejam mediar constitui verdadeira obstrução ao direito de acesso à justiça.

Na referida decisão, a corte consignou que um sistema compulsório de mediação ofende o artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que protege o direito universal a um julgamento justo, em tempo razoável, por um tribunal independente e imparcial.<sup>22</sup>

E, dessa forma, mesmo sem impor a mediação, houve significativa redução do número de demandas, como nos dá notícia Chiara Besso<sup>23</sup>, e um considerável aumento no número de mediações<sup>24</sup>, de acordo com Neil Andrews<sup>25</sup>.

---

(1) *The court must further the overriding objective by actively managing cases.*

(2) *Active case management includes –*

(a) *encouraging the parties to co-operate with each other in the conduct of the proceedings;*

(b) *identifying the issues at an early stage;*

(c) *deciding promptly which issues need full investigation and trial and accordingly disposing summarily of the others;*

(d) *deciding the order in which issues are to be resolved;*

(e) *encouraging the parties to use an alternative dispute resolution (GL) procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure;*

(f) *helping the parties to settle the whole or part of the case;*

(g) *fixing timetables or otherwise controlling the progress of the case;*

(h) *considering whether the likely benefits of taking a particular step justify the cost of taking it;*

(i) *dealing with as many aspects of the case as it can on the same occasion;*

(j) *dealing with the case without the parties needing to attend at court;*

(k) *making use of technology; and*

(l) *giving directions to ensure that the trial of a case proceeds quickly and efficiently”* Texto disponível para consulta no endereço: <http://www.justice.gov.uk/guidance/courts-and-tribunals/courts/procedure-rules/civil/menus/rules.htm>, acesso em 28 de dezembro de 2012.

21. PANTOJA, 2008, p. 192.

22. *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust Steel v. (1) Joy & (2) Halliday* [2004] EWCA (Civ) 576. KIRMAYER, Kathryn e WESSEL, Jane. **An offer one can't refuse: mediate.** In *The National Law Journal*, out/2004, p. 1.

23. BESSO, 2010, p. 14.

24. “1.9. Na opinião do autor, a mudança mais significativa é o reconhecimento do potencial da mediação como um meio de se alcançar um acordo. Três novas tendências são perceptíveis aqui. 1.10. Primeiro, o mercado privado de resolução de conflitos na Inglaterra tem recorrido a mediações em casos civis e comerciais. O elevado custo de um processo judicial, causado principalmente pelos altos honorários dos advogados tem sido um dos fatores significativos. (...) 1.11. A segunda grande mudança é que os tribunais ingleses têm demonstrado grande interesse em realizar mediações. (...) 1.12. Em terceiro lugar, reconheceu-se que os acordos podem ocorrer em diferentes ocasiões, resultantes de diferentes fatores ou estímulos processuais”. ANDREWS, 2009, p. 30.

25. O Prof. Neil Andrews, um dos expoentes da Universidade de Cambridge, vem se dedicando ao tema nos últimos anos. Em dezembro de 2011, tivemos a oportunidade de receber sua visita na Faculdade de Direito da UERJ, para uma exposição, seguida de debate, no Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais”,

Retomando o exame do texto do Projeto do Novo CPC, observamos que no art. 167 ficam resguardados os princípios informadores da conciliação e da mediação, a saber: (i) independência; (ii) neutralidade; (iii) autonomia da vontade; (iv) confidencialidade; (v) oralidade; e (vi) informalidade.

A confidencialidade é especialmente protegida. Os §§ 1º e 1º do art. 167 determinam que ela se estende a todas as informações produzidas ao longo do procedimento, e, ainda, que o teor dessas informações *"não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes"*. Ademais, conciliador e mediador (bem como integrantes de suas equipes) *"não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação"*.

Importante também frisar, aqui, a relevância da atividade a ser conduzida por mediador profissional. Em outras palavras, a função de mediar não deve, como regra, ser acumulada por outros profissionais, como juízes, promotores e defensores públicos.

Neste ponto específico, como um juiz poderia não levar em consideração algo que ouviu numa das sessões de mediação? Como poderia não ser influenciado, ainda que inconscientemente, pelo que foi dito, mesmo que determinasse que aquelas expressões não constassem, formal e oficialmente, dos autos?

Ou ainda, imaginem que um Defensor Público acumulasse as funções de patrono de uma das partes e mediador.

Num outro cenário, um Promotor de Justiça funcionando como mediador numa Vara de Família. Se no curso do processo surgem indícios do crime de abandono material, não poderá ele tomar providências? Ou ainda se verifica que os interesses da mãe colidem com os da criança, não levará tal situação ao conhecimento do magistrado, provocando a intervenção da curadoria especial?

Todas essas situações são inadequadas.

Penso que temos que estimular a criação da carreira de mediador, com formação específica e embasamento jurídico e psicológico. De se notar que a Resolução nº 125 do CNJ, em seus anexos, já traz um Código de Ética para mediadores e conciliadores, bem como traça o conteúdo mínimo dos cursos de capacitação a serem oferecidos.

Outro ponto que merece destaque é a diferenciação teórica das atividades de conciliação e mediação.

Nos §§ 3º e 4º do art. 166, a Comissão de Juristas estabelece como critério para tal diferenciação a postura do terceiro encarregado de compor o conflito.

---

liderado pelo Prof. Leonardo Greco. Naquela oportunidade, o Prof. Andrews discorreu sobre os limites e as possibilidades do "case management".

Assim, o conciliador pode sugerir soluções para o litígio, ao passo que o mediador auxilia as pessoas em conflito a identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo.

Esta diferença é para nós muito importante.

Diante do sistema que se vislumbra, parece que o NCPC exigirá do magistrado a capacidade de examinar a natureza do conflito e determinar o mecanismo mais adequado para enfrenta-lo.

Levando-se em conta que, com a nova sistemática, o juiz ao receber a petição inicial não mais determinará a citação do réu, mas designará um momento processual para a tentativa do acordo, temos que examinar como isso se dará na prática.

Se o magistrado, ao ler a petição inicial, se convence que entre aquelas partes há um relacionamento prévio, continuado e que, apesar do conflito, terá que ser gerido por algum tempo (ex: vizinhos, que moram no mesmo prédio e não se suportam, mas que têm que resolver em conjunto questões administrativas do condomínio; ex-cônjuges, com filhos em comum, que precisam regular questões de visita e guarda) e ainda que por força deste relacionamento diversas questões foram surgindo com o passar do tempo e não foram adequadamente compreendidas e resolvidas por elas, deverá cogitar e recomendar o uso da mediação, pois esta talvez seja não apenas a mais adequada, mas possivelmente a única capaz de evitar a procrastinação do ciclo vicioso do litígio.

Por outro lado, se se trata de uma relação descartável, ou seja, se nunca houve e nem se pretenda que exista no futuro qualquer vínculo, seja de natureza pessoal ou social, não há necessidade de se recorrer à mediação. Da mesma forma, questões com viés puramente patrimonial, questões consumeristas, ações indenizatórias em geral podem ser bem geridas com o uso da conciliação, que via de regra se apresenta como uma solução mais rápida e simples, eis que não há a necessidade de se ingressar em assuntos com viés psicológico.

Percebe-se, com isto, que a mediação será indicada para questões mais complexas, nas quais existe, além do componente jurídico, um elemento metajurídico, de ordem emocional e psicológica.

Muitas vezes há questões que precisam ser mais bem compreendidas pelas partes antes que se pense em dar a solução jurídica. Nesse passo, de nada adianta, nessas hipóteses uma sentença impositiva, eis que a solução será superficial e incapaz de atingir o âmago da questão, a fonte do problema.

Pensamos que este momento processual, ou seja, o despacho liminar de conteúdo positivo e a determinação da providência mais adequada para tratar o litígio é de suma importância, e, não se precisa dizer, tem natureza personalíssima, não podendo ser objeto de delegação a assessores e servidores.

Vamos enfatizar este ponto. O juiz não deve realizar a atividade de mediação e conciliação, embora, pela interpretação literal do art. 139, inciso IV do PL 8046/10 isto seja possível. Mas deve, pessoalmente, ler, examinar e despachar as iniciais, a fim de escolher o melhor caminho para aquele processo (audiência de conciliação, sessão de mediação, audiência especial com o magistrado ou ausência de audiência prévia, nas hipóteses autorizadas pelo art. 335 do Projeto).

Aqui se materializa a função gerencial<sup>26</sup> do magistrado e isto deve ser incentivado pelos Tribunais e pelo próprio CNJ. No direito inglês esta prática tem gerado bons resultados, como noticia Neil Andrews.

Retornando a questão do mediador, importante ressaltar que a versão original do PLS 166/10 exigia fosse ele inscrito nos quadros da OAB. Com o Relatório e o Substitutivo apresentados em 24 de novembro de 2010, prestigiou-se o entendimento da dispensabilidade deste requisito. Até a última versão disponível, tal circunstância foi mantida.

Esta é uma questão sensível. Não me parece que um advogado, com formação meramente jurídica, tenha alguma condição de realizar uma mediação.

Por outro lado, um psicólogo, mesmo que altamente qualificado, terá dificuldades em redigir um acordo juridicamente exequível.

Temos que buscar uma solução de equilíbrio.

Em se tratando de mediação extrajudicial, os interessados tem ampla liberdade para escolher quem quer que seja para mediar, independentemente de sua formação profissional.

No campo da mediação judicial, quero crer que com a institucionalização dos cursos de formação, a partir da Resolução nº 125 do CNJ, será possível criar módulos para advogados, com maior carga de estudos em questões psicológicas, e módulos para psicólogos, a fim de que possam receber a base jurídica necessária.

Ademais, além da carga teórica, todos os cursos de formação exigem uma carga considerável de horas de mediação, sujeitas a supervisão constante.

Assim, penso que o Projeto não deva exigir que o mediador tenha esta ou aquela profissão. Ao contrário, as Escolas de Magistratura, e muitas já iniciaram essa empreitada, devem oferecer cursos abertos para os que desejem exercer o ofício de mediador.

---

26. "(...) os tribunais têm amplos poderes de gestão de casos, ou gestão de processos ou gestão de procedimentos. Em seus relatos de 1995-1996, Lord Woolf adotou esta técnica como carro-chefe para as ações em multi-track (litígios múltiplos), incluindo assim todos os litígios da High Court. O tribunal deve garantir que os assuntos sejam focados de forma adequada, que a disciplina seja supervisionada, que os custos sejam reduzidos, que o andamento do processo seja acelerado e que resultados justos sejam facilitados e concedidos. A gestão de processos tem três funções principais: encontrar as partes a se empenharem pelo consenso, sempre que possível (em termos gerais, vide capítulo 11); evitar que o processo tramite muito lentamente e de maneira ineficaz; finalmente, garantir que os recursos judiciais sejam utilizados proporcionalmente, conforme exigido pelo objetivo preponderante, CPR, Seção I." ANDREWS, 2009, p. 73.

Com o diploma do curso e a carga horária prática devidamente cumprida, o candidato a mediador judicial requer a sua admissão ao corpo de mediadores do Tribunal, que deverá manter um registro dessa atividade.

Esse registro conterà, ainda, informações sobre a performance do profissional, indicando, por exemplo, o número de causas de que participou, o sucesso ou o insucesso da atividade e a matéria sobre a qual versou o conflito. Esses dados serão publicados periodicamente e sistematizados para fins de estatística (art. 168, § 4º do Projeto).

Aqui vale uma observação.

É digno de elogio esse dispositivo por criar uma forma de controle externo do trabalho do mediador, bem como dar mais transparência a seu ofício. Por outro lado, é preciso que não permitamos certos exageros. Não se pode chegar ao extremo de ranquear os mediadores, baseando-se apenas em premissas numéricas. Um mediador que faz cinco acordos numa semana pode não ser tão eficiente assim. Aquele que faz apenas uma, pode alcançar níveis mais profundos de comprometimento e de conscientização entre as partes envolvidas.

Da mesma forma, um mediador que tem um ranking de participação em 10 mediações, tendo alcançado o acordo em todas, pode não ser tão eficiente assim. É possível que tenha enfrentado casos em que as partes já tivessem uma pré-disposição ao acordo ou mesmo que o "nó a ser desatado não estivesse tão apertado".

Nos preocupa muito a ideia do apego às estatísticas e a busca frenética de resultados rápidos. Esses conceitos são absolutamente incompatíveis com a mediação.

#### **4. OBSERVAÇÕES FIANIS**

Apesar de, neste trabalho, termos nos concentrado nas questões processuais afetas a mediação, somos de opinião que o melhor modelo é aquele que admoesta as partes a procurar a solução consensual, com todas as suas forças, antes de ingressar com a demanda judicial. Não parece ser ideal a solução que preconiza apenas um sistema de mediação incidental muito bem aparelhado, eis que já terá havido a movimentação da máquina judiciária, quando, em muitos dos casos, isto poderia ter sido evitado.

Por outro lado, não concordamos com a idéia de uma mediação ou conciliação obrigatória. É da essência desses procedimentos a voluntariedade. Essa característica não pode ser jamais comprometida, mesmo que sob o argumento de que se trata de uma forma de educar o povo e implementar uma nova forma de política pública.

Mas é forçoso reconhecer que em certos casos a mediação e a conciliação devem ser etapas regulamentares do procedimento, na medida que tais ferramentas se mostram as mais adequadas ao deslinde daquele conflito em especial.

Pensar em uma instância prévia e obrigatória de conciliação, em hipóteses em que se discute apenas uma questão patrimonial, ou impor sanções pela não aceitação de um acordo razoável (como o pagamento das custas do processo ou dos honorários

advocáticos, mesmo em caso de vitória, quando aquele valor é exatamente o que foi decidido pelo magistrado na sentença), podem ser soluções válidas. São exemplos do direito inglês<sup>27</sup> e do direito norteamericano<sup>28</sup> que merecem ser estudados.

Mas nunca numa mediação, onde há questões emocionais profundas, muitas vezes inconscientes, que demandam tempo, amadurecimento e mútua confiança para serem expostas e resolvidas.

Sujeitar a admissibilidade da ação a uma tentativa prévia e obrigatória de mediação, num caso de grande complexidade, acarretará uma das seguintes situações:

- a) as partes farão uma mediação simulada e, após duas ou três sessões dirão que o acordo é impossível, preenchendo, dessa forma, a condição legal que lhe foi imposta;
- b) as partes se submeterão a um procedimento superficial, e verdadeira questão subjacente aquele conflito, que funciona como motor propulsor oculto de toda aquela litigiosidade, não será sequer examinada;
- c) as partes se recusarão a participar do ato, por saberem que não há condições de viabilidade no acordo, e o juiz rejeitará a petição inicial, por ausência de condição de procedibilidade, o que, provavelmente, vai acirrar ainda mais os ânimos.

Nenhuma dessas hipóteses parece estar de acordo com a índole pacificadora da moderna concepção da jurisdição.

---

27. “ (...) O direito inglês não tem um sistema de mediação obrigatória: não requer que as partes envolvidas recorram primeiramente a mediações antes de permitir o exame judicial da controvérsia. Os juízes não se envolvem diretamente nas sessões de mediações, e tampouco podem ordenar uma sanção direta para que as partes se submetam à mediação. Contudo, os tribunais estão preparados para induzir isso indiretamente: suspendendo o processo judicial para que a oportunidade de mediação seja criada; e ordenando altas custas, se uma das partes rejeita sugestões para uma tentativa de mediação, sem motivo plausível (a suspensão é uma ordem do juiz que proíbe diligências na ação, suspensão essa que permanece válida até ser revogada pelo tribunal). A outra parte poderá fazer a sugestão, tanto antes, quanto depois da instauração do processo formal; ou o tribunal pode sugerir uma pausa para uma mediação fora dos tribunais, por vezes sem que uma das partes o requeira”. ANDREWS, 2009, p. 30.

28. Como exemplo, podemos citar a Regra 68 das F.R.C.P.:

*“Federal Rules of Civil Procedure. Rule 68. OFFER OF JUDGMENT.*

*(a) MAKING AN OFFER; JUDGMENT ON AN ACCEPTED OFFER. At least 14 days before the date set for trial, a party defending against a claim may serve on an opposing party an offer to allow judgment on specified terms, with the costs then accrued. If, within 14 days after being served, the opposing party serves written notice accepting the offer, either party may then file the offer and notice of acceptance, plus proof of service. The clerk must then enter judgment.*

*(b) UNACCEPTED OFFER. An unaccepted offer is considered withdrawn, but it does not preclude a later offer. Evidence of an unaccepted offer is not admissible except in a proceeding to determine costs.*

*(c) OFFER AFTER LIABILITY IS DETERMINED. When one party’s liability to another has been determined but the extent of liability 85 FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE Rule 70 remains to be determined by further proceedings, the party held liable may make an offer of judgment. It must be served within a reasonable time—but at least 14 days—before the date set for a hearing to determine the extent of liability.*

*(d) PAYING COSTS AFTER AN UNACCEPTED OFFER. If the judgment that the offeree finally obtains is not more favorable than the unaccepted offer, the offeree must pay the costs incurred after the offer was made”. Texto disponível no sítio <http://www.uscourts.gov>, acesso em 12 de janeiro de 2012.*

Contudo, é forço reconhecer que é necessário buscar uma solução para a hipótese nas quais a mediação é a solução mais indicada, mas as partes a recusam sem uma razão plausível.

Não se pode permitir que o Judiciário seja utilizado, abusado ou manipulado pelos caprichos de litigantes que, simplesmente, querem brigar ou levar o conflito a novas fronteiras.

Reafirmamos, aqui, nossa opinião no sentido de que as partes deveriam ter a obrigação de demonstrar ao Juízo que tentaram, de alguma forma, buscar uma solução consensual para o conflito.

Sustentamos, como já dito antes<sup>29</sup>, ampliação no conceito processual do interesse em agir, acolhendo a idéia da adequação, dentro do binômio necessidade-utilidade, como forma de racionalizar a prestação jurisdicional e evitar a procura desnecessária pelo Poder Judiciário, ou mesmo ou abuso do direito de ação.

Poderíamos até dizer que se trata de uma interpretação neoconstitucional do interesse em agir, que adequa essa condição para o regular exercício do direito de ação às novas concepções do Estado Democrático de Direito.

Interessante observar que Neil Andrews refere em sua obra o dever das partes de explicar o motivo da recusa em se submeter aos meios alternativo <sup>30</sup>.

Mas esta é apenas uma das facetas desta visão. A outra e, talvez, a mais importante, seja a consciência do próprio Poder Judiciário de que o cumprimento de seu papel constitucional não conduz, obrigatoriamente, à intervenção em todo e qualquer conflito.

Tal visão pode levar a uma dificuldade de sintonia com o Princípio da Indelegabilidade da Jurisdição, na esteira de que o juiz não pode se eximir de sua função de julgar, ou seja, se um cidadão bate as portas do Poder Judiciário, seu acesso não pode ser negado ou dificultado, na forma do artigo 5º, inciso XXXV da Carta de 1988.

O que deve ser esclarecido é que o fato de um jurisdicionado solicitar a prestação estatal não significa que o Poder Judiciário deva, sempre e necessariamente, ofertar uma resposta de índole impositiva, limitando-se a aplicar a lei ao caso concreto. Pode ser que o Juiz entenda que aquelas partes precisem ser submetidas a uma instância conciliatória, pacificadora, antes de uma decisão técnica<sup>31</sup>.

---

29. PINHO, 2010, p. 147.

30. *“Potential litigants have become aware that mediation can secure various economic gains, social benefits, and even psychological advantages, when compared to the other two main ‘paths of justice’, namely court proceedings and arbitration.5 The following points will be uppermost in the minds of disputants when they peer down the barrel of court proceedings: (1) the perception (and nearly always the reality) that court litigation is unpredictable; (2) the judicial process (including extensive preparation for the final hearing) involves a heavy-handed fight for justice, which is a source of expense, delay, and anxiety; (3) court litigation offers little scope for direct participation by the parties, as distinct from legal representatives; (4) final judgment normally awards victory to only one winner; (5) trial is open-air justice, visible to mankind in general; (6) litigation is private war—even if judges pretend that it is governed by elaborate rules and conciliatory conventions designed to take the sting out of the contest”.* ANDREWS, 2009, p. 273.

31. PINHO, 2005, pp. 105/124.

E isto fica muito claro no Projeto do novo CPC, na medida em que o art. 139 confere uma série de poderes ao juiz, sobretudo no que se refere à direção do processo, mencionando expressamente a adequação e a flexibilização mitigada enquanto instrumentos para se alcançar a efetividade.

Nesse passo, é evidente que a maior preocupação do juiz será com a efetiva pacificação daquele litígio, e não, apenas, com a prolação de uma sentença, como forma de resposta técnico-jurídica à provocação do jurisdicionado.

Se o novo CPC exige do juiz uma fidelidade absoluta aos Princípios Constitucionais, convertendo-se, de forma inquestionável, num agente preservador das garantias constitucionais, por outro lado, outorga-lhe instrumentos para que possa conhecer o conflito a fundo, compreendendo suas razões, ainda que metajurídicas, a fim de promover a sua pacificação.

Um juiz garantista e pacificador. Eis o desafio do magistrado em tempos de neoprocessualismo.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREWS, Neil. (trad. Teresa Alvim Arruda Wambier). *O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *Mediation in England: organic growth and stately progress*. Texto ainda não publicado e gentilmente cedido pelo autor quando de sua visita à Faculdade de Direito da UERJ, em dezembro de 2011.

BESSO, Chiara. *La Mediazione Italiana: Definizioni e Tipologie*. Artigo disponível no vol. VI da Revista Eletrônica de Direito Processual, disponível no endereço <http://www.redp.com.br>, acesso em 10 de janeiro de 2011.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Mezzi Alternativi de Tutela e Garanzie Costituzionali*, in Revista de Processo, vol 99, p. 249/293.

FULLER, Lon. Mediation. Its Forms and Functions, *CAL. L. REV.* vol. 305, 1971.

MUÑOZ, Helena S.. La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso español. Revista Eletrônica de Direito Processual Civil. vol. III, p. 66-88, jan-jun. 2009.

NOLAN-HALEY, Jacqueline M. The Merger of Law and Mediation: Lessons from Equity Jurisprudence and Roscoe Pound. *Cardozo Journal of Dispute Resolution*, vol. 6, 2004.

OWEN, Fiss. Alternative Dispute Resolutions Debated: Second-Hand Justice? *The Connecticut Law Tribune*. March 17, 1986.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de [organizador]. *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. *A Mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro*, in REDP – ANO 4 – 5º volume – Janeiro a Junho de 2010, disponível em <http://www.redp.com.br>.

\_\_\_\_\_. DURCO, Karol. *A Mediação e a Solução dos Conflitos no Estado Democrático de Direito. O “Juiz Hermes” e a Nova Dimensão da Função Jurisdicional*, disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br>.

\_\_\_\_\_. *Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos*, in: Acesso à Justiça: efetividade do processo (org. Geraldo Prado). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

- \_\_\_\_\_. . PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *A experiência italo-brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de solução de conflitos e a garantia do acesso à justiça*, in Revista Eletrônica de Direito Processual, volume 8, disponível em <http://www.redp.com.br>.
- \_\_\_\_\_. . PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação, in Revista Eletrônica de Direito Processual, volume XI, jan-jun 2013.
- PRESS, Sharon. Court-Connected Mediation and Minorities: A Report Card. *Capital University Review*. vol. 39, 2011.
- PROJETO DE LEI Nº 8046/10 – PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, disponível em <http://www.camara.gov.br>.
- RESTA, Eligio. *Il Diritto Fraterno*. Roma: Laterza, 2010.
- SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei*. Santa Cruz do Sul, Edunisc, 2010. <http://www.unisc.br/portal/pt/editora/e-books/95/mediacao-enquanto-politica-publica-a-teoria-a-pratica-e-o-projeto-de-lei-.html>.
- VIGORITI, Vincenzo. *Europa e mediazione. Problemi e soluzioni*. Revista de Processo. nº 197, p. 339-355. 2011.
- WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*, v. 1. Florianópolis: Habitus, 2001.



# A TUTELA DA POSSE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (PL 8.046/2010)

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Durante a preparação do anteprojeto de novo Código de Processo Civil, a Comissão nomeada pela Presidência do Senado discutiu proposta de abolição das ações possessórias, sob o argumento de que elas seriam especiais apenas pela previsão genérica de liminar. Ultrapassado esse estágio inicial, seu desenvolvimento seguiria o procedimento ordinário.

A partir do momento em que se inseriu no procedimento ordinário a possibilidade de antecipação de tutela, não haveria mais justificativa para um procedimento especial para os interditos possessórios. Argumentava-se com o exemplo do direito italiano, onde não mais figuravam eles entre as ações especiais.

A tese vitoriosa na Comissão, todavia, foi pela manutenção das possessórias como *ações especiais*, exatamente como as trata o vigente Código de Processo Civil, visto que esse tratamento decorreria de razões extraídas do direito material. Quanto ao direito processual civil italiano, não procede a alegação de que teria eliminado o caráter de ação especial para as possessórias. É que ali vigora um sistema que as submete, não ao procedimento ordinário, mas ao procedimento cautelar, sabidamente sumário e de pronta eficiência para satisfazer as exigências da tutela possessória preconizada pelo direito material (Cód.Proc.Civ. italiano, art. 703)<sup>2</sup>.

No debate parlamentar do Projeto, no entanto, surgiram emendas que alteraram, significativamente, a estrutura interdital clássica das ações possessórias (substitutivo proposto relator da Comissão Especial ao Projeto 8.046/2010, art. 569 a 583). É sobre algumas dessas inovações que pretendemos tecer ponderações, à luz, sobretudo, de suas implicações na ordem jurídica material.

- 
1. Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador Aposentado do TJMG. Membro da Academia Mineira de Letras Jurídicas, do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e da International Association of Procedural Law. **Doutor em Direito. Advogado.**
  2. A lei italiana, mandando aplicar o procedimento cautelar (art. 669-*sexies*) à ação possessória, pretendeu dotá-la de “un rito meno rígido e perciò più agile di quello ordinario” (DELLA PIETRA, Giuseppe. *Il procedimento possessorio. Contributo allo studio della tutela del possesso*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2003, p. 378).

## 2. NOÇÃO E RAZÃO DE SER DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

Por maior autonomia que se dê ao processo e à ação, o certo é que ditos institutos não existem por si nem se exaurem em si. Todo mecanismo processual nasceu e se aperfeiçoou em razão da necessidade de eliminar, no seio da sociedade, os conflitos jurídicos, o que se consegue por meio de definição e execução, feitas por agentes estatais, dos direitos materiais envolvidos no litígio. Em última análise, o objeto visado pela prestação jurisdicional é, pois, o direito subjetivo dos litigantes em nível substancial ou material.

Sem dúvida, a lei, adequada à ciência processual moderna, procura instituir sistema de tramitação das causas na Justiça que se mostre o mais simples e o mais universal possível, de maneira a permitir que o maior número imaginável de pretensões possa ser acolhido, apreendido e solucionado segundo um único rito.

Contudo, haverá sempre algum detalhe da mecânica do direito material que, eventualmente, reclamará forma especial de exercício no processo. O processo como disciplina *formal* não pode ignorar essas exigências de origem *substancial*, porque é da própria natureza das coisas que a *forma* se ajuste e se harmonize à *substância*.

Positivada, destarte, a realidade da insuficiência do procedimento comum, não consegue o legislador fugir do único caminho a seu alcance, que é o de criar procedimentos outros cuja índole específica seja a adequação às peculiaridades de certos direitos materiais a serem disputados em juízo. Os atos processuais são, aí, concebidos e coordenados segundo um plano ritualístico que tenha em vista unicamente a declaração e execução daquele direito subjetivo de que se cuida<sup>3</sup>.

Assim, como anota JOSÉ ALBERTO DOS REIS, a criação de procedimentos especiais “obedece ao pensamento de ajustar a *forma* ao *objeto* da ação, de estabelecer correspondência harmônica entre os trâmites do processo e a configuração do direito que se pretende fazer reconhecer ou efetivar. É a *fisionomia especial do direito* que postula a forma especial do processo”<sup>4</sup>.

## 3. TÉCNICAS DE ESPECIALIZAÇÃO PROCEDIMENTAL

Em nosso *Curso de Direito Processual Civil*, já fizemos destacar que, além da criação de atos para a mais perfeita adequação do rito à pretensão da parte, os procedimentos especiais costumam inspirar-se em alguns outros objetivos, como, por exemplo:

- a) *simplicificação e agilização* dos trâmites processuais, por meio de expedientes como o da liminar antecipatória de efeitos da tutela, o da redução de prazos e o da eliminação de atos desnecessários;
- b) *delimitação do tema* que se pode deduzir na inicial e na contestação;
- c) *explicitação dos requisitos* materiais e processuais para que o procedimento especial seja eficazmente utilizado.

3. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 45. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2013, vol. III, nº 1.194, p. 2.

4. REIS, José Alberto dos. *Processos Especiais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1982, vol. I, nº 1, p. 2.

Uma outra característica de vários procedimentos especiais situa-se no fato de restar anulada a dicotomia entre ação de cognição e ação de execução. Numa única relação processual, procedimentos como o das ações possessórias, de depósito, dos embargos de terceiro, da nunciação de obra nova etc. permitem que as atividades de declaração do direito e de sua execução se façam, desde logo, tornando desnecessária a *actio iudicati* em processo autônomo posterior.

Tais procedimentos prestam-se, assim, a desenvolver método de compor lides tanto com o *direito* como com a *força*.<sup>5</sup> Compreendem, por isso, casos de “acertamento com preponderante função executiva”.<sup>6</sup>

Essa tônica das chamadas ações executivas *lato sensu* faz com que não se possa conceituar os procedimentos especiais como simples apêndice do processo de conhecimento. Mesclam-se em seu ritual, com efeito, as funções de declaração e realização do direito, o que explica e justifica o tratamento legislativo em livro próprio no código, fora do processo de conhecimento e do processo de execução, já que as fronteiras de ambos não são respeitadas no disciplinamento dos procedimentos ora cogitados<sup>7</sup>.

As regras do Código sobre os procedimentos especiais não abrangem, evidentemente, todos os termos do processo. Cuidam, em princípio, apenas daquilo que especializa o rito para adequá-lo à pretensão a cuja disciplina em juízo se destina. Por isso, naquilo em que o procedimento especial for omissis incidirão as regras do procedimento ordinário. É o que dispõe o art. 272, parágrafo único do CPC: “O procedimento especial e o procedimento sumário regem-se pelas disposições que lhes são próprias, aplicando-se-lhes, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário”.

#### 4. A ORIGEM DOS INTERDITOS POSSESSÓRIOS

No direito romano, a ação com que o proprietário reclamava a posse de seu bem injustamente retido por outrem chamava-se *rei vindicatio* (ação reivindicatória). Quando a pretensão, porém, nascia do *jus possessionis*, isto é, do simples fato de o autor ter sido violado na posse de algum bem, a ação chamava-se *ação possessória*, ou *interdito possessório*.

Todavia, esclarece SAVIGNY, não eram ações possessórias todas as que emergiam da posse, ou que tinham a posse como objeto. O importante era a qualificação da conduta do terceiro em face da posse do autor. Assim, só seriam verdadeiros interditos possessórios aqueles baseados em *delitos* cometidos diretamente contra a posse alheia, como se dava nos interditos *retinendae et recuperandae possessionis*, manejáveis para repelir a turbação e o esbulho.<sup>8</sup>

5. SATTA, Salvatore. *Direito Processual Civil*. trad. de Luiz Autuori, da 7. ed. de Padova, Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, vol. II, nº 449, p. 681.

6. SATTA, *op. cit.*, vol. II, nº 450, p. 682.

7. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso cit.*, III, nº 1.195, p. 3-4.

8. SAVIGNY, Frédéric Charles. *Traité de la Possession en Droit Romain*, 4. ed. Paris: Pedone-Lauriel, 1893, § 35, p. 370.

A essência da *actio*, no processo romano clássico, consistia em que o *praetor*, em seu edito, não anunciava que solução ia dar ao litígio, mas simplesmente nomeava um *judex* para que fosse por ele decidida a questão, cabendo-lhe também a coleta da prova a ser apresentada pelas partes. Era o *judex*, e não o *praetor*, quem pronunciava a *sentença*, que haveria de solucionar o litígio. O processo era, assim, ordinariamente arbitral, já que o *judex* não era uma autoridade pública, e sim um jurista a que o *praetor* outorgava poder para dirimir a causa.

Contudo anota SAVIGNY nem sempre o *praetor* nomeava o *judex*, pois essa nomeação era realmente observada apenas quando a discussão era sobre questão de fato. Se a questão era só de direito, ou se a lesão ao direito de uma das partes era evidente e arbitrária, ou ainda, se o demandado reconhecia a procedência da ação, em presença do *praetor*, este não nomeava o *judex*, e pronunciava-se, ele mesmo, sobre o objeto da controvérsia.

Nos *interditos* ele agia sempre dessa forma. O edito não cogitava jamais da intervenção de um *judex*, mas sempre continha uma *ordem* ou uma *proibição* pronunciada de imediato pelo próprio *praetor*: *veto*, *exhibeas*, *restituas*. Esse ato de autoridade era, outrossim, liminarmente enunciado. Depois da ordem, com que o *praetor* acolhia sumariamente a pretensão do autor, poderia acontecer de o demandado opor *exceção* (defesa), caso em que o *praetor*, só então, nomeava o *judex* ou *arbiter*. O mandato inicial transformava-se, a partir daí, em *fórmula*, em torno da qual deveria o *judex* realizar a instrução processual. Entre os romanos, portanto, os *interditos* podiam chegar aos mesmos resultados da *actio*, ficando a diferença mais no plano da forma do que da essência.

Quando o período das fórmulas se extinguiu, fazendo desaparecer a figura do *judex*, extinguiu-se também a diferença entre interdito e ação. Restou apenas o nome de *interdito* para certas ações, situação que prevalecia, por exemplo, na Codificação de Justiniano, e que chegou até nós.<sup>9</sup> Nessa condição foram colocadas as ações de tutela da posse, cuja estrutura era a da ação comum, mas acrescida dos atributos dos antigos *interditos*, ou seja, com mecanismos de reação imediata contra os delitos praticados pelo esbulhador ou turbador da posse.

Em Roma, os *interditos* eram *sumários*, mas essa sumariedade não consistia em restringir provas ou se contentar com provas superficiais e incompletas. A sumariedade, na espécie, era no sentido do caráter enérgico e coercitivo do comando do *praetor*, que cominava várias penalidades ao demandado com o fito de impedir procrastinações e de obter aceleração na marcha do processo.<sup>10</sup> Era, principalmente, a possibilidade de um decreto liminar, de caráter satisfativo da pretensão do autor, o traço distintivo dos *interditos* romanos.

9. SAVIGNY. *Traité*, cit., § 34, pp. 363-367.

10. SAVIGNY. *Traité*, cit., § 34, nota 2, p. 367.

## 5. A PROTEÇÃO DIRETA E IMEDIATA DA POSSE EXIGIDA PELO DIREITO MATERIAL

Depois de conceituar a posse como a situação de fato em que alguém, *in concreto*, exerce sobre uma coisa os poderes inerentes à propriedade (art. 1.196), o Código Civil passa a arrolar os efeitos que a lei reconhece a essa situação, e em prol do possuidor (arts. 1.210/1.222).

O primeiro e mais significativo efeito gerado pela posse vem proclamado pelo art. 1.210, *in verbis*:

“O possuidor tem direito a ser *mantido* na posse em caso de turbação, *restituído* no esbulho, e *segurado* de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado”.

Tão importante, para o direito civil, é a proteção pronta e efetiva da posse, que a lei material abre duas exceções relevantíssimas à política geral de solução de conflitos:

- a) permite a autotutela pelo possuidor, que fica autorizado ao emprego da própria força, para repelir o esbulho ou a turbação, “contanto que o faça logo”, e que os atos de desforço imediato não ultrapassem o “indispensável à manutenção, ou restituição da posse” (Código Civil, art. 1.210, § 1º);
- b) veda, ao esbulhador ou turbador da posse, a defesa por meio de “alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa” (Código Civil, art. 1.210, § 2º).

A relevância da posse no meio social, outrossim, leva o legislador penal a punir como crime o atentado cometido contra ela: se a posse violada se refere a coisa móvel, o crime é o *furto* ou o *roubo* (CP, arts. 155 e 157), se de coisa imóvel, o delito é o *esbulho possessório* (CP, art. 161, § 1º, II).

## 6. A RAZÃO DE SER DA TUTELA POSSESSÓRIA PREVISTA NO DIREITO MATERIAL

Como já visto, o Código Civil garante ao possuidor o direito de ser mantido ou restituído na posse, sempre que turbada ou ameaçada injustamente (art. 1.210), sem perquirir qual o título que lhe deu causa.

A razão de ser dessa proteção legal a uma situação simplesmente de fato, sem indagar de sua origem jurídica, está em que, segundo KOHLER, “ao lado da ordem jurídica, existe a ordem da paz, que, por muitos anos, tem-se confundido, não obstante o direito ser movimento e a paz tranquilidade. A essa ordem da paz pertence a posse, instituto social, que não se regula pelos princípios do direito individualista. A posse não é instituto individual, é social; não é instituto de ordem jurídica e sim da ordem da paz, dando ação contra a turbação e a privação da posse”<sup>11</sup>.

---

11. BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. 4.ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1956, vol. I, § 6º, p. 28

No Estado de Direito – lembra RONALDO CUNHA CAMPOS – , a ordem pública, a paz social, o respeito à soberania do Estado, são interesses públicos básicos, de cuja tutela cuida *precipualemente* o Poder Judiciário.

“A posse é situação de fato e uma componente da *estabilidade social*. Se a posse muda de titular, tal mudança não pode resultar em desequilíbrio social, em perturbação da ordem. Impõe-se que a passagem da posse de um para outro titular se dê *sem quebra da harmonia social*, e.g., pelo contrato, pela sucessão. Quando a disputa pela posse se acende urge que cesse *através do processo* e não pelo exercício da justiça privada. Esta última produz a ruptura da paz social e viola a soberania do Estado, representa a usurpação de um de seus poderes”<sup>12</sup>. Neste sentido CARNELUTTI<sup>13</sup>. Por isso, conclui o jurista mineiro:

“Destarte, não entendemos o juízo possessório apenas sob o ângulo da tutela da posse ou da propriedade. Nele vemos principalmente o interesse estatal na repressão do esbulho...” visto este como “manifestação de ruptura do equilíbrio social e como ameaça à ordem jurídica”<sup>14</sup>.

Não é por outra razão que esbulho possessório merece repulsa, não só na esfera civil, mas também na penal.

Na mesma ordem de idéias, é a lição de AZEVEDO MARQUES:

“O fundamento filosófico da posse é, em resumo, o respeito à personalidade humana, aliado ao princípio social que não permite a ninguém fazer justiça por suas próprias mãos. Estando uma coisa sob a atuação material da pessoa, esta deve ser respeitada, como personalidade racional, de modo a não poder uma outra pessoa, fora da justiça, obrigar aquela a abrir mão da coisa possuída. Daí a proteção provisória ao fato da posse, sem cogitar preliminarmente do *direito* em que ela se estriba”<sup>15</sup>.

## 7. O INSTITUTO DA POSSE E A PAZ SOCIAL

JHERING, é verdade, procurou criticar a tutela da posse como instrumento de paz social e de repulsa à justiça pelas próprias mãos, para explicar a proteção possessória simplesmente como proteção da propriedade, em sua aparência imediata.

O certo, porém, é que a explicação de JHERING não satisfaz filosoficamente, máxime porque o direito admite que o possuidor faça prevalecer sua posse até mesmo contra o proprietário, quando este seja o autor de esbulho e turbação contra a situação de fato estabelecida em prol do titular de simples posse. Se em muitas circunstâncias o proprietário se vale da possessória para se defender de agressão injusta, isto se dá em razão da tutela que pode ser mais prontamente alcançada pelos remédios interditais

12. CAMPOS, Ronaldo Cunha. *O artigo 923 do CPC*, in “Julgados do TAMG, vol. 8, p. 14.

13. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, vol. I, nº 73, pag. 208-209.

14. CAMPOS, Ronaldo Cunha, *op. cit.*, *loc cit.*

15. AZEVEDO MARQUES, J. M. *A ação possessória, no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Jacintho Ribeiro, 1923, nº 9, p. 8. No mesmo sentido: SOLLERO, Márcio. Considerações em torno da posse. In: *Revista de Julgados do TAMG*, vol. 13, p. 28.

do que pela reivindicatória. Se reunir a propriedade e a posse, poderá ele se defender tanto pelo petitório, como pelo possessório, preferindo aquele que mais adequado e eficiente se revelar no caso concreto. Nesse sentido, e só nele, é que se pode entrever a tutela possessória como atuando em proteção do domínio aparente. Não nos casos em que a parte procura tutela exclusivamente para uma situação possessória desvinculada por inteiro do plano dominial.

Daí que a corrente mais volumosa no direito atual, liderada historicamente por SAVIGNY, é a que vê mesmo na tutela jurídica da posse um relevante instrumento de preservação da paz social e de coibição da justiça privada ou justiça das próprias mãos.

Vejam as principais opiniões da doutrina.

Para SAVIGNY, a existência dos interditos possessórios só pode ser compreendida da seguinte maneira:

“La possession ne constituant pas par elle-même un droit, le trouble qu'on y apporte n'est pas, à la rigueur, la violation d'un droit; il ne peut le devenir que s'il viole à la fois et la possession et un droit quelconque. Or c'est ce qui arrive lorsque le trouble apporté à la possession est le fait de la violence: *toute violence, en effet, est contraire au droit, et c'est contre cette illégalité qu'est dirigé l'interdit* (...).

Tous les interdits possessoires ont donc un point de commun: ils supposent *un acte qui, par sa forme même, est illegal*”<sup>16</sup>.

HENRI DE PAGE, depois de anotar que o possuidor é protegido como tal, independentemente da apuração da existência ou não do direito de possuir, e até mesmo em detrimento do verdadeiro proprietário, conclui que essa tutela jurídica se assenta sobre uma *imperiosa exigência social*:

“L'organisation de la société postule, au premier chef, *l'exclusion de toute violence*. La vie en société n'est véritablement possible que si les voies de fait deviennent *inutiles*, si ceux qui veulent y recourir sont *découragés d'avance*. Les procédés violents, – *car la protection possessoire n'est en somme qu'une question de procédé* – quels qu'ils soient, *quells qu'en soient les auteurs*, ne peuvent être tolérés. En d'autres termes, même le propriétaire le plus légitime et le plus respectable du monde ne peut y recourir. Si convaincu qu'il soit de son droit, il ne faut pas qu'il manifeste cette conviction par des moyens que la loi réprouve. La loi *prend soin d'organiser les moyens* qu'elle met à la disposition de quiconque se prétend victime d'une injustice... S'il existe des moyens juridiques aussi perfectionnés à la fois paisibles et efficaces, pourquoi recourir à des procédés brutaux et aléatoires,... La protection possessoire est, dans le fond, une mesure de *police civile*: elle tend, en premier lieu, à assurer la *paix publique*”<sup>17</sup>.

Para MARTIN WOLFF, “*el fundamento de la protección posesoria reside en el interés de la sociedad en que los estados de hecho existentes no puedan destruirse por*

16. SAVIGNY, Frédéric Charles de. *Traité de la possession en Droit Romain cit.*, § 2, p. 6-7.

17. DE PAGE, Henri. *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*. Bruxelles: Émile Bruylant, 1941, tomo V, 2ª parte, nº 287, p. 724.

acto de propia autoridad sino en que se impugnen por vías de derecho, si con él se contradicen. La protección posesoria es *protección de la paz general*, reacción contra la realización del derecho por la propia mano del lesionado y que una sociedad medianamente organizada no puede tolerar”<sup>18</sup>.

Entre os nossos autores, PONTES DE MIRANDA destaca a eficácia da posse como instrumento jurídico de promoção ou garantia da *paz pública*:

“O princípio do *status quo*, ou princípio da conservação do fático, considerado como imprescindível à paz jurídica, exige que cada um respeite as situações jurídicas e a posse dos outros. *Quieta non movere!* As relações de posse existentes, quer tenham elas sujeitos passivos totais, quer também tenham sujeitos passivos individuais, hão de conservar-se como *são*, exceto se o titular delas as muda, ou a sentença determina que se mudem. Ninguém pode, sem ofender o princípio, que é, *biologicamente*, de *vida social*, antes de ser de *vida jurídica*, transformar ou extinguir *relações de posse*, cujo titular é outro”<sup>19</sup>.

CLÓVIS, na apresentação de seu projeto, também, lembrava que:

“O Código concede a proteção possessória, dizem os motivos, a fim de *conservar a paz jurídica*, sem distinguir se a posse repousa sobre uma relação jurídica real ou obrigacional, nem se se possui como proprietário ou não, e nisto se conforma com a *Landrecht* prussiano e com o Código saxônico”<sup>20</sup>.

É essa, em suma, a mesma opinião dominante na atual doutrina francesa, segundo o testemunho de ALEX WEILL:

“Le législateur tend à empêcher les actes de violence, à faire régner la *paix publique*. Le propriétaire, qui a perdu la possession de sa chose peut être tenté de la récupérer. Si le possesseur n’était pas protégé, le propriétaire pourrait songer à avoir recours à la force pour reprendre la possession; il faut éviter qu’il ne se fasse justice à lui même. On défendra ainsi le possesseur contre tout acte de violence qui pourrait être accompli à ses dépens, de quelque personne qu’émane cette violence, quand bien même elle émanerait du propriétaire”<sup>21</sup>.

Aliás, não é outra a explicação filosófica da posse, senão a de um fenômeno eminentemente social, ou seja, o de um fato que necessariamente se passa no plano das relações sociais.

Sobre o tema, escreveu SOKOLOWSKI:

“A posse *sensível* ou *fenomênica* de KANT é mais do que o *corpus romano*: ela não é mero contato imediato da pessoa com o substrato físico da coisa; ela contém um postulado contra outrem de *abster-se de interferência* sobre

18. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. 2.ed. Barcelona: Bosch, 1951, Tomo III, v. I, § 17, p. 83.

19. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, tomo X, s/d, § 1.109, p. 281.

20. BEVILAQUA, Clóvis. Projeto do Código Civil, *apud* MOREIRA ALVES, José Carlos. *Posse*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. I, nº 59, p. 357.

21. WEILL, Alex. *Droit Civil – Les biens*. 2.ed. Paris: Précis Dalloz, 1974, nº 360, p. 319.

o objeto, postulado que existe *a priori* e que se apoia na *relação social* dos homens entre si”<sup>22</sup>.

Na correta advertência de CLÁUDIA APARECIDA CIMARDI:

“Se a posse não fosse tutelada em circunstâncias em que não estivesse respaldada no direito real de propriedade, não haveria segurança nas situações de fato implantadas, o possuidor não teria como defender sua posse de agressões de terceiros, que também não teriam fundamento jurídico para a prática de semelhante violência, o que poderia implantar verdadeiro caos no campo jurídico das relações que envolvessem posse”<sup>23</sup>.

Não é, outrossim, senão em defesa da segurança pública e da paz social que o direito penal qualifica o atentado à posse alheia como crime (CP, arts 155, 157 e 161, § 1º, II).

Em conclusão: a posse é protegida pela lei porque assim o exige a *paz social*, que não subsiste num ambiente onde as situações fáticas estabelecidas possam ser alteradas por iniciativa de particulares, através da justiça das próprias mãos<sup>24</sup>.

## 8. AS AÇÕES POSSESSÓRIAS DE FORÇA NOVA E DA FORÇA VELHA

As ações de manutenção e de reintegração de posse variam de rito conforme sejam intentadas dentro de ano e dia da turbação ou esbulho, ou depois de ultrapassado dito termo. Na primeira hipótese, tem-se a chamada ação possessória de *força nova*. Na segunda, a de *força velha*.

A ação de força nova é de procedimento especial e a de força velha observa o rito ordinário (CPC, art. 924). A diferença de procedimento, no entanto, é mínima e fica restrita à possibilidade ou não de obter-se a medida liminar de manutenção ou reintegração de posse em favor do autor, porque, a partir da contestação, também a ação de força nova segue o procedimento ordinário (art. 931).<sup>25</sup> Ambas conservam, no entanto, a natureza de instrumento de proteção da posse. “As pretensões à proteção da posse não se extinguem passado o ano e dia: o que se extingue é o direito ao rito especial da ação possessória”<sup>26</sup>, ou seja, aquele que permite a medida liminar satisfativa.

---

22. *Apud* MOREIRA ALVES, *ob. cit.*, nº 40, p. 258.

23. CIMARDI, Cláudia Aparecida. *Proteção processual da posse*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 62.

24. Merece levar em conta que múltiplas teorias procuram justificar a tutela da posse, não se podendo considerar que a verdade esteja apenas em uma delas. Se, como pretendeu JHERING, a proteção da posse seria uma forma de proteger a propriedade, da qual a posse se apresentaria como exercício concreto, o certo, porém, é que a lei ao tutelá-la leva em conta ser ela um *fato em si mesmo* merecedor da proteção do direito. Assim, ainda que, na realidade, nem sempre a posse seja exercida pelo dono, ela merece ser mantida e protegida, por si só, “como corolário da paz social e no interesse da segurança pública, de defesa dos direitos subjetivos” – como bem ressalta CLÁUDIA APARECIDA CIMARDI (*Proteção processual da posse, cit.*, p. 62).

25. Com a introdução no procedimento ordinário da possibilidade de antecipação de tutela, também as ações possessórias de força velha podem propiciar reintegração liminar. Será necessário, todavia, ao autor demonstrar a ocorrência de todos os requisitos enumerados no art. 273 do CPC (TJSP, 2ª Câmara. Dir. Priv., Ag. 209.684-4/9, Rel. Des. Paulo Hungria, ac. de 26.06.2001, *Revista Jurídica*, ago./2001, vol. 286, p. 99; TJMG, Ag nº 1.0710.08.018775-001(1), Rel. Des. Nilo Lacerda, ac. 06.05.2009, *DJe* de 1º.06.2009).

26. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*, at. Por Luiz Edson Fachin. São Paulo: Ed. RT, 2012, t. X, § 1.115, p. 409.

Por que razão a lei assegura a liminar nas ações de força nova e a recusa nas de força velha? A explicação é que deixando o possuidor de defender sua posse por um longo período, faz debilitar a situação fática em seu favor, ao mesmo tempo que cria situação aparente mais favorável àquele que se acha implantado na posse atual por prazo longo. Em outros termos: a situação de exercício aparente da propriedade se inverte, desaconselhando medidas de alteração abrupta. Daí ser mais razoável aguardar-se a marcha normal do procedimento ordinário, para deliberar sobre a tutela postulada por aquele que deixou passar mais de um ano para pleitear em juízo a reparação do atentado possessório.

## 9. A IMPORTÂNCIA DA LIMINAR NOS INTERDITOS POSSESSÓRIOS

“O que se apura nas ações possessória” – adverte MÁRCIO SOLLERO – “é a posse – o *ius possessionis*, e não o direito à posse –, o *ius possidendi*”.<sup>27</sup> “Uma vez apurada a posse do autor, o elemento mais importante da fase inicial do interdito possessório é a determinação da data em que teria se dado o atentado a ela, já que, se tal tiver ocorrido há menos de ano e dia, terá direito o autor de ver restaurada plenamente a posse violada, antes mesmo da contestação do demandado.

Não é correto pensar que o juiz decide com autonomia sobre a conveniência, ou não, da liminar nos interditos possessórios<sup>28</sup>. Certo é que a lei confere ao possuidor o direito à proteção liminar de sua posse, subordinando-o a requisitos precisos, como a demonstração da existência da posse, da moléstia nela sofrida e da data em que tal tenha ocorrido. Logo, reunidos os pressupostos da medida, não fica ao alvedrio do juiz deferi-la ou não, o mesmo ocorrendo quanto à necessidade de indeferi-la, se não tiver ocorrido a comprovação dos respectivos requisitos.

Tal como se passa com as decisões judiciais em geral, também aqui o magistrado está vinculado à lei e aos fatos provados. Sua deliberação configura decisão interlocutória, que há de ser convenientemente justificada, tanto quanto à matéria fática quanto à de direito. O que se pode abrandar é apenas o rigor na exigência das provas, que, destinando-se a conservar um *status quo* provisoriamente, não precisarão ser tão completas como aquelas que se reclamam para a sentença final de mérito. Nunca, porém, se haverá de autorizar o emprego de puro arbítrio do julgador ou a ampla discricionariedade na espécie<sup>29</sup>.

27. SOLLERO, Márcio. “Considerações em torno da Posse”. In: *Rev. de Julgados do TAMG*, vol. 13, p. 33.

28. “Costuma-se encontrar em alguns acórdãos a afirmativa de que o juiz teria grande autonomia ou poder discricionário para solucionar o pedido de mandato liminar nas ações possessórias. A tese, porém, não merece guarida. A lei confere ao possuidor o direito à proteção liminar de sua posse, mas o faz subordinando-o a fatos precisos, como a existência da posse, a moléstia sofrida na posse e a data em que tal tenha ocorrido”. Não há, pois, lugar para qualquer discricionariedade do juiz na deliberação sobre a liminar possessória (cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso cit.*, III, nº 1.302, p. 121).

29. FABRICIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. VIII, t. III, nº 371, p. 434-435.

A liminar possessória cumpre exatamente o mesmo papel que lhe reconhecia o sistema interdital romano, qual seja o de imediata restauração da situação jurídica indevidamente ultrajada. Sua função não é cautelar, mas eminentemente satisfativa. Esclarece CÂNDIDO DINAMARCO:

“[As Liminares inerentes às ações possessórias] são a expressão atual dos antigos interditos do direito romano, que não foram concebidos para salvar o direito ou preservar o bem, como as medidas urgentes em geral, mas nem por isso deixam de ser medidas destinadas a superar os males do tempo, suscetíveis de serem concedidas com fundamento em uma instrução sumária.

Essas liminares são a manifestação de um *juízo do direito mais forte* (*supra*, nº 27), feito pelo legislador ao instituir o que se chama *proteção possessória; a importância social e econômica da posse e o interesse público pela estabilidade em seu exercício* repercutem na ordem processual com esse empenho em assegurar a quem a exerce, ou a quem a exerceu e perdeu, a *continuidade* ou a *restauração desse exercício* e daí os tradicionais instrumentos consistentes nos interditos *retinendae possessionis ou recuperandae possessionis* do direito romano clássico”<sup>30</sup>.

Há, no dizer de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, uma antecipação de tutela decorrente do caráter interdital da ação possessória, provocando uma “verdadeira transposição, para o momento inicial do processo, de um ou alguns dos efeitos que deveriam *encher* a sentença final”<sup>31</sup>.

Diante da tipicidade dos interditos possessórios, a tutela liminar, quando autorizada pela lei, não pode ser vista como sujeita ao arbítrio do juiz. Desse modo, estando preenchido os requisitos previstos pelo CPC, “não cabe ao juiz denegar a liminar; da mesma forma que, não comprovados esses requisitos, não lhe cabe “optar” pela concessão da tutela liminar”<sup>32</sup>. Representa ela, no entendimento da melhor doutrina, parcela de um procedimento especial, no qual desempenha função correspondente a uma exigência que vai além da forma para representar uma garantia de ordem material prevista para a adequada proteção do bem jurídico envolvido no litígio.

Como adverte GIUSEPPE DELLA PIETRA, a posse não é tutelada processualmente pelas vias ordinárias, mas por uma ação típica, ou especial, que não é exercida para mero accertamento. Seu objetivo institucional é de natureza essencialmente executiva e se expressa na recuperação da posse perdida. O próprio direito material define os remédios a serem utilizados nessa defesa: a ação de reintegração, a de manutenção e a de proibição, entre outras, de modo que:

“La protezione del possesso risulta, dunque, rimessa ad azioni ‘esclusive’ perché tipicamente contemplate dal legislatore, ristrette quanto al numero, analiticamente regolate nei presupposti, preclusive di ogni altro tipo di tutela”<sup>33</sup>.

30. DINAMARCO, Cândido Rangel, *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 95/96.

31. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 68.

32. CIMARDI, Cláudia Aparecida. *Proteção processual da posse*, 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 290/291.

33. DELLA PIETRA, Giuseppe. *Il procedimento possessório, cit.*, p. 213.

É esse aspecto de tutela especial da posse que faz com que a liminar nas ações possessórias de força nova seja vista como elemento fundamental do procedimento, não podendo ser substituída na advertência de PONTES DE MIRANDA, por meras e eventuais medidas cautelares, genericamente previstas para complementação dos procedimentos ordinários. Para o autor, é indispensável a existência de ações tipicamente voltadas para a proteção exauriente da situação fático-jurídica da posse, em razão, sobretudo, da função social relevantíssima que lhe toca, nos países civilizados:

“Por outro lado, politicamente, as pretensões e ações possessórias exercem nos países novos, de território ainda não cadastrado, enorme função civilizadora, pelo que opõem à violência e à clandestinidade”<sup>34</sup>.

## 10. A LIMINAR POSSESSÓRIA NO PROJETO DE NOVO CPC

O Projeto conserva o dualismo das ações possessórias: (i) um procedimento sumário iniciado com base em liminar, para liminarmente pôr fim ao esbulho ou à turbação; e (ii) outro, ordinário, sem a reintegração ou manutenção *initio litis* (art. 573). Os requisitos para obter a liminar, no caso de ação de força nova, são os mesmos hoje previstos pelo CPC em vigor (Proj., art. 576).

Fiel à tradição de que o atentado à posse deve ser, antes de tudo, extirpado, o Novo Código prevê que o mandado liminar de manutenção ou de reintegração seja, em regra, expedido *sem ouvir o réu*, ou seja, antes mesmo da citação do esbulhador ou turbador. Para tanto, basta que a petição inicial venha instruída com documentação comprobatória dos requisitos da medida (Proj., art. 577)<sup>35</sup>.

Não dispondo o autor de prova pré-constituída para instruir a petição inicial, ser-lhe-á autorizada a realização de uma justificação preliminar de suas alegações, mas nesse caso, o réu será citado para comparecer à audiência designada (Proj., art. 557, *caput, in fine*). A medida é, pois, a mesma contemplada pelo CPC vigente, em seu art. 928, *caput, in fine*.

No entanto, o substitutivo apresentado pelo Relator da Comissão Especial que examina o Projeto na Câmara dos Deputados afasta-se dos padrões tradicionais das liminares possessórias, estatuinto uma regra excepcional para aquilo que deliberou denominar “litígio coletivo pela posse ou propriedade de imóvel urbano ou rural” (art. 580).

Trata-se de mero eufemismo para encobrir o fenômeno — infelizmente reiterado nos últimos tempos —, das invasões orquestradas por multidões rotuladas de “sem teto” ou “sem terra”, que transformam o esbulho possessório em instrumento de pressão político-social para, supostamente, acelerar a reforma agrária e urbana.

34. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*, cit., t. X, § 1.111, p. 378.

35. Somente as liminares contra pessoas jurídicas de direito público é que não serão expedidas sem prévia audiência dos representantes judiciais da demandada (Proj., art. 557, parág. único), tal como hoje já determina o parág. único do art. 928 do CPC.

Diante desses casos de violência organizada e ostensivamente divulgada pelos próprios grupos invasores, há duas regras no Projeto, que merecem destaque e mais detida análise:

- a) sendo inocultável a rotina das “invasões coletivas”, o projeto autoriza que a citação para a ação de reintegração ou turbação seja feita, “em proteção dos interesses do grupo”, na pessoa dos “organizadores conhecidos”, citando-se os demais invasores por edital (art. 569, parág. único)<sup>36</sup>;
- b) quanto às reintegrações ajuizadas contra as “invasões coletivas”, o Projeto institui uma inusitada audiência de “conciliação” a ser realizada “antes do exame do requerimento de concessão da medida liminar”, da qual participarão as partes e “seus representantes legais” (art. 580, § 1º).

Como os movimentos coletivos de invasão não têm personalidade jurídica (nem podem tê-la), torna-se difícil identificar seus “representantes legais”. Portanto, somente poderão ser aqueles que o parágrafo único do art. 569 qualifica como “organizadores conhecidos” do grupo invasor.

Além das partes e dos pseudos “representantes legais” (sic), serão ainda intimados para a audiência de conciliação “o Ministério Público e os entes da administração responsáveis pela condução das políticas públicas agrária ou rural”. Também a Defensoria Pública receberá igual intimação, caso os envolvidos (*i.é.*, os invasores) “não tenham condições financeiras de constituir advogado” (Proj. art. 580, § 1º).

Esse pesado condicionamento imposto à obtenção da liminar destaque-se não exclui nem aqueles casos em que os requisitos da repulsa imediata ao esbulho estejam comprovados na petição inicial. O que o Projeto veda é o exame do próprio requerimento da liminar, antes da audiência de conciliação, de modo que, sem a realização desta, o juiz nem mesmo terá como avaliar o cabimento, ou não, da medida pleiteada.

Não precisa maior esforço de compreensão para concluir que tal audiência, em face das múltiplas e complexas intimações que a precedem, terá de ser designada com dilatado prazo de espera, e uma vez instalada ensejará, por certo, imprevisíveis controvérsias e diligências. Aquilo que, de ordinário, teria de ser resolvido *in limine litis* (antes mesmo da citação, como é próprio da necessária sumariedade da tutela possessória), sofrerá vicissitudes e delongas incompatíveis com a natureza e a função de um procedimento interdital.

A possessória não se pode ignorar tem como fundamento a repulsa enérgica ao esbulho, que compromete a paz social e põe em risco a segurança jurídica das comunidades civilizadas. E nessa repressão, o papel da liminar é decisivo, já que a gravidade do delito cuja repulsa não é apenas da lei civil, mas também do direito criminal não tolera procrastinação de espécie alguma.

---

36. Com base na impossibilidade de o esbulhado identificar, antes do aforamento da possessória, todos os esbulhadores, a jurisprudência atual já vem admitindo que se use a citação editalícia, nos termos do art. 231, I, do CPC (*réus desconhecidos* ou *incertos*). “Justifica-se a citação por edital em ação possessória contra invasores de imóvel, se o autor não tem possibilidade de identificá-los (STJ – 4ª T., REsp 362.365, Min. Barros Monteiro, j. 3.2.05; JTAERGS 78/79, maioria, RJTAMG 60/273, maioria)” (THEOTÔNIO NEGRÃO, *et al. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 45.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 352, nota 6 ao art. 231).

Demonstrado na inicial o atentado possessório de data recente, a tutela da posse tem de ser imediata, devendo concretizar-se de plano, sem qualquer protelação, sob pena de se ver implantada uma intranquilidade que vai muito além dos interesses do esbulhado, refletindo sobre toda a comunidade em cujo seio ocorreu o delito.

Posse é fato, que se tutela mediante provimento que assegure a manutenção ou recuperação da situação fática que a configura. Enquanto não se restaura o quadro fático desfeito ou tumultuado pelo esbulhador ou turbador, a posse terá simplesmente recebido a proteção que o direito material lhe garante. Qualquer protelação ou delonga desnecessária, no deferimento da liminar, por isso, representará frontal negativa ao principal efeito que a ordem jurídica atribui à posse, que é o direito assegurado ao possuidor de ser mantido na posse, quando turbado, e de ser reintegrado, quando esbulhado (Cód. Civ., art. 1.210, *caput*).

Desestabilizar o sistema de tutela da posse é algo muito sério e que, além de contrariar instituto milenarmente mantido pelos povos civilizados, pode gerar o caos no convívio social<sup>37</sup>.

## 11. CONCLUSÃO

A proposição do art. 580 do Código Projetado deve, a vista do exposto, ser repensada e reavaliada, com muita cautela.

Urge, em suma, ter em mente que fragilizar a eficácia da posse afeta não apenas a paz social, atingindo também a própria defesa da propriedade, que, no Estado Democrático de Direito, figura entre os *direitos fundamentais* (CF, art. 5º, *caput* e inciso XXII). Isto porque, nos momentos mais agudos de crise no exercício da propriedade, isto é, naqueles em que os atentados contra ela perpetrados chegam às raias dos delitos punidos criminalmente (Cód. Penal, arts. 155, 157 e 161, § 1º, II)<sup>38</sup>, o proprietário tem de poder contar com a tutela possessória, já que é ela o único remédio civilizado e eficaz para enfrentar, com presteza, o esbulho ou a turbção de que foi vítima.

Belo Horizonte, junho de 2013.

Humberto Theodoro Júnior

37. “A vedação do esbulho é fundada na necessidade de paz pública geral. O direito romano não permitia a mudança na ordem pública, no tocante à posse, porque invadir as posses enseja grandes tumultos (L. 176, D., *de diversis regulis iuris antiqui*, 50, 17). A atitude do Estado tem de ser a de punir o esbulhador (ob punitionem et odium spoliantis) e de atender com tutela jurídica ao esbulhado (ob favorem et commiserationem spoliati)” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado cit.*, X, § 1.120, p. 441).

38. “A usurpação da posse constitui infração penal [crime], cujo reflexo consiste no desapossamento do bem imóvel. A usurpação é voltada aos bens imóveis; o furto e roubo, para os bens móveis” (ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Posse*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 415).

# TUTELA DE URGÊNCIA PARA OBTENÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO JULGADO IMPUGNADO POR RECURSO EXTRAORDINÁRIO

*JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA<sup>1</sup>,  
DIERLE NUNES<sup>2</sup>,  
ALEXANDRE REIS SIQUEIRA FREIRE<sup>3</sup> E  
MARCELLO SOARES CASTRO<sup>4</sup>*

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

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

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

- 
1. *Visiting Professor* na *Columbia University*. Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Professor Associado da Universidade Estadual de Maringá – UEM. Professor do Programa de Mestrado da Unipar. Membro da Comissão de Juristas encarregada de elaborar o anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil – IBDP. Advogado.
  2. Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMG e *Università degli Studi di Roma "La Sapienza"*. Professor da UFMG e da PUC-MG (Mestrado e Doutorado). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual-IBDP. Membro fundador da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional – ABDPC. Advogado.
  3. Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito Constitucional pela UFPR. Pesquisador do Núcleo de Direito Processual Civil da PUC-SP. Professor das Especializações em Direito Processual Civil da PUC-Rio e da Universidade de São Paulo (FDRP). Professor dos cursos pós-graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil e em Direito Processual Civil com ênfase em Processo Empresarial da Faculdade de Direito Damásio de Jesus (FDDJ). Professor convidado dos cursos de pós-graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil da Escola Paulista de Direito — EPD. Professor da UNICEUMA e UFMA. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Membro Fundador da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional – ABDPC.
  4. Mestrando em Direito pela PUC-SP. Professor Assistente do Curso de Direito da PUC-SP. Pesquisador do Núcleo de Direito Processual da PUC-SP e pesquisador convidado do Núcleo de Direito Processual Contemporâneo – NPC-UFMA. Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual – ABPI.

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

Neste sentido, com o objetivo de minimizar o tempo do processo e impedir a sobrecarga de feito nos tribunais, o novo Código de Processo Civil inova o sistema recursal ao inadmitir a impugnação em separado de decisões interlocutórias que não versarem sobre tutela de urgência, tutela de evidência, decisões interlocutórias sobre matéria de mérito (sentença liminar). Destarte, o recorrente impugnará os atos judiciais interlocutórios tão-somente em preliminar de recurso de apelação interposto da sentença.

De acordo com o Presidente da comissão de elaboração do anteprojeto do Novo CPC, Ministro Luiz Fux, a regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias trará maior celeridade ao processo, assim como o faz no processo trabalhista desde seu nascedouro.

Destaque-se também que o anteprojeto do Novo CPC suprimiu o agravo retido, os embargos de infringentes e havia invertido a regra da suspensividade dos recursos, restando, na sua redação original, apenas a possibilidade de concessão deste efeito por ato judicial (pontue-se que na última versão do substitutivo Teixeira de 16/07/2013 houve o retorno ao sistema de ausência de executividade imediata das sentenças).

A medida modificada na ultima versão, notadamente, possuía a finalidade de imprimir maior eficiência ao processo, vez que o efeito suspensivo prorroga o estado de ineficácia do julgado, impedindo, assim, a execução provisória da decisão recorrida. Outro ponto inovador indubitavelmente era a previsão da sucumbência recursal, pois certamente inibiria a interposição de recursos com manifesto propósito protelatório do desfecho do processo. Todavia, como informado, essas duas últimas inovações contempladas no anteprojeto apresentado pela comissão de juristas não foram aproveitadas no substitutivo do projeto do novo CPC apresentado pelo Deputado Federal Paulo Teixeira (PT-SP) e aprovado.

Não se pode ainda olvidar a alteração das funções do sistema recursal, que, ao longo dos últimos anos, e em face da mudança qualitativa e quantitativa das demandas, passou a servir não só como mecanismo de impugnação das decisões, mas também como estrutura discursiva de formação de padrões decisórios, com o fim de dimensionar a chamada litigiosidade repetitiva.

Como já se disse desde 2003, os recursos são uma possibilidade jurídico-discursiva das garantias do contraditório e da ampla defesa:

Assim, podemos verificar que a participação advinda do contraditório e da ampla defesa exige uma influência dos argumentos das partes nos provimentos e um debate, em pelo menos uma ocasião, sobre os aspectos decisórios. Dessa forma, a função de exame de questões fáticas e jurídicas não pode mais ser vista como subsidiária da função de reexame do instituto recursal, pois aquela possibilita uma participação sucessiva nos provimentos. O instituto do recurso, em face do perigo e da possibilidade

de um desenvolvimento incompleto da primeira instância, a permitir uma mácula do contraditório e da ampla defesa, passa a ser indissociável de nosso modelo constitucional de processo. [...] Nesse sentido, o instituto do recurso apresenta-se como criador de um espaço procedimental de exercício do contraditório e da ampla defesa, permitindo ao juízo *ad quem* a análise de questões já debatidas pelas partes, mas levadas, ou não, em consideração pelo órgão julgador de primeira instância em sua decisão, ou de questões suscitadas pelo juízo de primeira instância de ofício ou sem a participação de todas as partes em seu provimento, imple – mentando, assim, um espaço de debate. Qualquer entendimento que possibilite uma análise no juízo recursal de questões sobre as quais não se operou o diálogo desnatura o instituto recursal como possibilidade do contraditório e da ampla defesa, maculando sua constitucionalidade em um paradigma de Estado democrático de direito.<sup>5</sup>

Esta dimensão dos recursos ganha nova importância no atual contexto de convergência dos modelos de *common law* e *civil law* em nosso país, em que assistimos paulatinamente o reforço da importância dos “precedentes” como fonte da aplicação do direito, uma vez que um de seus principais instrumentos para viabilizar a formação destes padrões decisórios é o recurso.

Percebe-se, assim, a atual importância do sistema recursal e as amplas inovações técnicas que o impactaram. Porém, objetivando delimitar o objeto de investigação, opta-se neste ensaio pela análise do debate doutrinário e jurisprudencial acerca de algumas questões referentes ao recurso extraordinário.

O objeto pesquisado são as tutelas de urgência – em destaque a tutela de urgência cautelar – e sua aplicabilidade para suspender os efeitos de acórdão impugnável por recursos extraordinário, sistematizando-as e apontando em cada caso quais os limites e possibilidade da eficácia e da imperatividade da técnica adotada.

Pretende-se, neste ensaio, analisar como ordenamento jurídico processual<sup>6</sup> vigente e os operadores do direito têm trabalhado para resolver estes pontos controversos, e, ainda, examinar os atuais debates legislativos – CPC Projetado, PLS nº 166/2010, PL 8046/2010<sup>7</sup> e Relatório da Comissão Especial na Câmara de Deputados<sup>8</sup>.

- 
5. NUNES, Dierle. O recurso como possibilidade jurídica discursiva das garantias do contraditório e da ampla defesa. Belo Horizonte: PUCMINAS, 2003 (dissertação de mestrado). Em versão publicada: NUNES, Dierle. Direito constitucional ao recurso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 167-168.
  6. Texto do Código de Processo Civil em vigor, Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Conferir: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)> acessado em 09.02.2013.
  7. Versão do PL nº. 8046/2010, aprovada no Senado Federal, e enviada à Câmara de Deputado; Conferir: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=DD6CBED679B960756D21BF5FF9F9799E.node1?codteor=831805&filename=PL+8046/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DD6CBED679B960756D21BF5FF9F9799E.node1?codteor=831805&filename=PL+8046/2010)> acessado em 09.02.2013.
  8. Versão do Relatório da Comissão Especial Destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº. 6.025, de 2005, ao projeto de Lei nº. 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº. 5.869, de 1973), no qual atuaram como Relator-Geral o Deputado Paulo Teixeira, e como Presidente da Comissão Especial o Deputado Fabio Trad, aprovado em 17 de julho de 2013.

## 2. PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O recurso extraordinário poderá ser interposto de acórdão exarado por tribunal nas hipóteses arroladas das alíneas a., b., c. e d. do artigo 102, III da Constituição Federal de 1988 (CF/1988).

De acordo com o art. 102, III, da Constituição Federal, compete ao Supremo Tribunal Federal (STF) julgar, em recurso extraordinário, as *causas decididas em única ou última instância*, quando a decisão recorrida: *a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; e d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.*

## 3. DISCIPLINA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

### 3.1. Juízo de admissibilidade

Dispõe o art. 983 do PL nº. 8046/2010, proposta mantida no art. 1042 do Relatório-Geral apresentado à Câmara dos Deputados, que o recurso extraordinário deverá ser interposto no tribunal recorrido. De acordo com o que dispuser o regimento interno, a competência recairá sob Presidência ou Vice-Presidência do tribunal, que realizará o *juízo prévio de admissibilidade recursal*. Diz-se prévio, pois o *juízo definitivo de admissibilidade do recurso extraordinário* é da competência do STF.

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

Os pressupostos intrínsecos relacionam-se com a própria existência do direito de recorrer. Por sua vez, os pressupostos extrínsecos são os atinentes ao exercício daquele direito.<sup>9</sup>

Para os fins deste ensaio, analisar-se-á detidamente os *requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade* do recurso extraordinário, assim como os ditos *requisitos especiais de admissibilidade*.<sup>10</sup>

### 3.2. Requisitos intrínsecos

São requisitos intrínsecos de admissibilidade o *cabimento*, a *legitimidade recursal*, o *interesse recursal* e a *inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer*.

No que se refere o *cabimento*, já mencionamos a previsão constitucional do recurso extraordinário (art. 102, III, da CF/1988), que indica as hipóteses de cabimento desse

9. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**. 28 ed. Rio de Janeiro, 2010. p. 116.

10. Desde logo destaca-se que as alterações mais incisivas afetaram principalmente os pressupostos extrínsecos e especiais de admissibilidade do recurso extraordinário.

meio de impugnação. Observando o princípio da taxatividade, o CPC em vigor arrola quais os recursos cíveis existentes e com disciplina infraconstitucional. A ideia presente no art. 496 do CPC em vigor é mantida no art. 948, do PL n.º. 8046/2010, assim como no art. 1.007, do relatório aprovado na Câmara dos Deputados, dispondo-se que “*são cabíveis os seguintes recursos: VII – recurso extraordinário.*”

A *legitimidade recursal* é prevista no art. 499 do CPC em vigor, sendo que a versão do PL n.º. 8046/2010, aprovada no Senado Federal, também dispõe no art. 950, *caput*, que *o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, seja como parte ou fiscal da ordem jurídica*; essa redação é mantida no art.1.009, do relatório aprovado na Câmara dos Deputados.

Quanto ao *interesse recursal*, o recorrente deve demonstrar a *utilidade e necessidade do recurso*, sendo que parcela da doutrina ainda aponta o elemento da *adequação* do meio utilizado também como integrativo deste pressuposto recursal.

Por fim, não deve *existir fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer*. Como fato impeditivo pode-se indicar a existência de multa, ainda não paga, em sede de embargos declaratórios considerados protelatórios; neste caso, somente com o pagamento da multa sancionatória, é possível suprir este óbice de impedimento, como indicam os §§ 3º, 4º e 5º do art. 990, da versão do PL n.º. 8046/2010 aprovada no Senado Federal, e art. 1039 §§ 3º, 4º e 5º, do relatório apresentado à Câmara de Deputados. Como fato extintivo, pode-se destacar a renúncia validamente manifestada.

### 3.3. Requisitos extrínsecos

#### 3.3.1. *Tempestividade*

Inexiste alteração substancial quanto a *tempestividade* do recurso extraordinário. Portanto, *o recurso extraordinário deverá ser interposto no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da publicação do acórdão que se pretende impugnar, ex vi do § 1º do art. 948 c/c art. 957, do PL n.º. 8046/2010, respectivo § 1º do art. 1.007, do Relatório aprovado na Câmara de Deputados*. Nos casos em que haja feriado, também o art. 948 do PL n.º. 8046/2010 apresenta solução, em seu § 2º, dispondo que *nos casos dos recursos direcionados ao STF ou STJ, deve-se comprovar a ocorrência do feriado local*. Na versão do relatório supracitado, amplia-se esta previsão a todos os recursos, o que pode ser observado no § 2º do art. 1.007, que dispõe, *no ato de interposição de “qualquer” recurso, o recorrente deverá comprovar a ocorrência de feriado local*, ou seja, esta previsão é aplicável não somente àqueles recursos direcionados ao STF e ao STJ.

O prazo para interposição do recurso extraordinário poderá ser interrompido se da decisão recorrida se opuser embargos de declaração. Parece que de uma maneira geral os Tribunais têm firmado entendimento de que a interposição do recurso, antes da oposição dos embargos de declaração, obriga o recorrente a renovar a apresentação das razões recursais após a publicação do acórdão embargado, sob pena de não se conhecer do recurso excepcional.

Então, é imperioso o aguardo da publicação da decisão que julgar os embargos de declaração para então se manejar o recurso extraordinário. Contudo, algumas são as situações possíveis: (i) ocorre a oposição dos embargos de declaração e somente depois de julgados os embargos, interpõe o recurso extraordinário; (ii) ocorre a interposição do recurso extraordinário e concomitante, ou posteriormente, a oposição dos embargos de declaração. Nesta última situação, se ocorrer a modificação da conclusão do julgamento anterior, necessita-se da ratificação; contudo, se não houver alteração, não é exigível esta ratificação. Foi assim que se propôs no art. 980, § 2º do PL n.º. 8046/2010, pois estabeleceu-se que, *se, ao julgar os embargos de declaração, o juiz, relator ou órgão colegiado não alterar a conclusão do julgamento anterior, o recurso principal interposto pela outra parte antes da publicação do resultado será processado e julgado independente de ratificação*; manteve-se esta mesma ideia no § 2º do art. 1039, do Relatório aprovado na Câmara de Deputados, salvo algumas alterações no texto legislado, veja-se: *se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte, antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração, será processado e julgado independentemente de ratificação*.

### 3.3.2. Preparo

O *preparo* consiste no pagamento antecipado das despesas relativas ao processamento do recurso demonstrado no ato de interposição do recurso, salvo nos os casos de isenção; assim dispõem os arts. 57 e seguintes do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Ocorrendo o não recolhimento das despesas, isto implicará na aplicação de sanção de deserção.

De acordo com o artigo 59 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, serão devidas custas nos processos de sua competência originária ou recursal. Quanto ao recurso extraordinário, o inciso I do art. 57 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o preparo será feito no tribunal de origem, perante as suas secretarias e no prazo previsto na lei processual.

Portanto, se exige o pagamento das custas no caso de recurso extraordinário. Requer-se, ainda, a demonstração do pagamento do porte de remessa e retorno, pois o conceito de custas não inclui essas despesas, que são aquelas relacionadas com o traslado dos autos do tribunal de origem ao STF e, após o julgamento, encaminhamento para o tribunal recorrido, de acordo com os arts. 57, § único, e 59, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Certo é que pagamento do preparo e do porte de remessa e retorno, assim como sua comprovação, é notadamente exigido no art. 551 do Código de Processo Civil em vigor, o que também se extrai na leitura dos arts. 57, 58, 59, I e § 1º e § 2º, e 65 regimento Interno do STF.

Percebe-se que o PL n.º. 8046/2010, na versão aprovada no Senado Federal, não impõe alterações incisivas neste tema. Nos termos do art. 961 disciplina-se a matéria determinando que *no ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de re-*

*torno, sob pena de deserção, sobrevindo, de forma esclarecedora no inciso II do mesmo dispositivo, que a insuficiência no valor do preparo implicará deserção, se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de cinco dias. Tal disposição permanece na versão apresentada no Relatório aprovado na Câmara de Deputados, como pode ser observado no art. 1.020, incisos I e II; importa destacar que é acrescentado o inciso III neste dispositivo, com o seguinte texto, “se se tratar de processo em autos eletrônicos, os portes de remessa e de retorno não são exigidos.”*

Elenca-se, no art. 961, inciso I, do PL nº. 8046/2010, assim como no art. 1.020, inciso I, do relatório em estudo, recorrentes dispensados do preparo; e ainda, nos § 1º e 2º dos dispositivos supracitados, apresenta-se expressa solução *às situações de justo impedimento e equívoco no preenchimento da guia de custas do preparo e porte de remessa e retorno do recurso extraordinário.*

### **3.3.3. Regularidade formal**

Este requisito impõe ao recorrente a observância de formalidades exigidas pela legislação de regência para a formalização de determinado recurso. De acordo com Barbosa Moreira:

como os atos processuais em geral, a interposição de recurso deve observar determinados preceitos de forma. São variáveis, no sistema do Código de Processo Civil, as formalidades prescritas para os diferentes recursos. Às vezes, descreve a lei com certa riqueza de pormenores as características de que se tem de revestir o ato de interposição [...]; noutros casos, as indicações são mais sucintas.<sup>11</sup>

Quanto à *regularidade formal*, o PL nº. 8046/2010 descreve no art. 983 as exigências formais para o recurso extraordinário. Observe-se que *o recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição da República, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas*, devendo nestas conter: (i) *a exposição do fato e do direito*; (ii) *a demonstração do cabimento do recurso interposto*; e (iii) *as razões do pedido de reforma da decisão recorrida*. O art. 1.042, do relatório aprovado na Câmara dos Deputados, conserva a redação do caput e incisos I e II daquele dispositivo, modificando sutilmente a redação do inciso III; veja-se: *as razões do pedido de “reforma” ou de “invalidação” da decisão recorrida*.

Destaque-se, ainda, que o PL nº. 8046/2010 prevê, no § 2º do art. 983, regra que afasta os artificios da jurisprudência defensiva STF, que impõem ao recurso extraordinário restrições ilegítimas à sua admissibilidade, com base, entre outros argumentos, na negativa de seguimento pelo não atendimento de diminutas formalidades; tal disposição é mantida pela Comissão Especial, sendo disposta no § 3º, ao art. 1.042, que informa: *o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave*.

---

11. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968. p. 103.

Em relação às imposições ilegítimas para o conhecimento dos recursos excepcionais, Medina lembra também que:

a jurisprudência vinha exigindo, a despeito da inexistência de previsão expressa na redação anterior do § 1º do art. 544 do CPC, a juntada da cópia do comprovante de recolhimento do porte de remessa e retorno do recurso especial, no ato de interposição do agravo. [...] Tal exigência torna-se descabida na nova sistemática do agravo previsto no art. 544, pelo fato de o comprovante de recolhimento do porte de remessa e retorno encontrar-se nos autos.<sup>12</sup>

Teresa Arruda Alvim Wambier afirma que uma das finalidades que balizaram a reestruturação do sistema recursal, na proposta de um novo CPC, foi a necessidade de *fazer o processo render*, isto no sentido de *proporcionar resultados tanto para si quanto a sociedade*. Esta finalidade tem por sentido “proporcionar o máximo de aproveitamento da atividade do poder Judiciário, vista como um todo.” A autora desaprova a construção de “jurisprudência defensiva”, que acarreta a inadmissibilidade de recursos por causas “cuja existência e qualificação jurídica é duvidosa, ou seja: causas tidas como inadmissibilidade que, na verdade, não o são.”<sup>13</sup>

Para coibir esta nefasta orientação adotada pelos Tribunais Superiores, o PL nº. 8046/2010 e a proposta apresentada no relatório à Câmara de Deputados aconselham a desconsideração de causas de inadmissibilidade não tão graves, por partes dos tribunais. Em verdade, é nítida a intenção dos elaboradores do anteprojeto de inibir a prática da jurisprudência defensiva.

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

### 3.4 REQUISITOS ESPECIAIS DE ADMISSIBILIDADE

#### 3.4.1 *Decisão de única ou última instância*

O recurso extraordinário será interposto de decisão proferida em única ou última instância. Nota-se que o texto constitucional não designa, como o faz ao referir-se ao recurso especial, em decisão proferida por tribunal.

Tal diferença é salutar se suscitado o questionamento de qual o meio de impugnação cabível das decisões das turmas recursais nos juizados especiais. Desde logo aponta-se pela impossibilidade do manejo do recurso especial dessas decisões, pois é exata a exigência de que essas sejam proferidas por tribunais, o que não ocorre na sistemática dos juizados especiais; neste sentido já existe o entendimento sumulado 203 do STJ.

---

12. MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 636.

13. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Recursos como uma forma de fazer “render” o processo no Projeto 166/2010. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Revista de Processo**, nº 189. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010. p. 276.

Noutro sentido, parece estar aberta a via impugnativa por recurso extraordinário das decisões de turmas dos juizados especiais, isto porque o texto constitucional não restringe a adequação desse meio controle somente às decisões de tribunais.

Assim entende o STF, que editou o enunciado sumular 640, em relação ao recurso extraordinário manejado contra decisão exarada por turmas recursais; veja-se: “é cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal.”

Essa restrição se estende às decisões proferidas em embargos infringentes interposto da sentença proferida nos processos regidos pela Lei nº 6830/1980.

### 3.4.2 Necessidade de exaurir instâncias

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

Tal regra decorre da exigência expressa no texto constitucional, que apenas autoriza a interposição do recurso extraordinário para impugnar decisões proferidas em *última ou única instância*. Nesse sentido, é imprescindível que o julgado alvejado seja definitivo.

Diante desta exigência constitucional, não cabe recurso extraordinário do julgado unipessoal fundado no artigo 888, incisos II e III, do PL nº. 8046/2010, respectivo art. 945, incisos II e III, na versão do Relatório aprovado na Câmara dos Deputados, pois a decisão ainda admite interposição de agravo interno, nos termos do art. 975 do referido projeto. As referidas hipóteses guardam relação com alguns dos poderes do relator, a saber: (i) apreciar o pedido de tutela de urgência ou da evidência (ou tutela antecipada como preferiu se designar no Relatório em estudo) nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal; e (ii) negar seguimento a recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão ou sentença recorrida.

De acordo com o CPC em vigor, havendo acórdão impugnado mediante embargos infringentes, impõe-se ao recorrente interpô-lo antes de se valer do recurso excepcional, sob pena de não se conhecer deste último.

O STF editou o enunciado sumular 281 a esse respeito, confira-se: é inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.

A exigência de interposição dos embargos infringentes, de acordo com a necessidade de exaurir as instâncias ordinárias, acarreta retardo na prestação da tutela jurisdicional. Partindo-se de estudos estatísticos do Ministério da Justiça, que atestavam o reduzido número de provimentos deste recurso, a comissão encarregada de elaborar o anteprojeto de lei, convertido no PLS nº 166/2010, optou por eliminá-lo do ordenamento jurídico; e assim manteve o PL 8046/2010 na versão aprovada no Senado Federal.<sup>14</sup>

---

14. Como ressalta José Carlos Barbosa Moreira, na elaboração do anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973, Alfredo Buzaid entendeu adequada a eliminação dos embargos infringentes. Contudo, como relata o autor

Desta forma, com foi proposto no PL nº. 8046/2010, assim como de acordo com o Relatório apresentado à Câmara dos Deputados, o recorrente poderá interpor o recurso extraordinário após a publicação das conclusões do acórdão impugnado, caso não haja oposição de embargos de declaração, abrindo-se, assim, imediatamente, as vias de acesso ao STF.

### 3.4.3 *Prequestionamento*

É exigência da rubrica constitucional *causas decididas*, inserta no inciso III, do art. 102 da Constituição Federal, que a matéria versada no recurso extraordinário tenha sido debatida no acórdão impugnado. Para Bruno Dantas:

No âmbito dos recursos excepcionais, o pressuposto constitucional de que as causas tenham efetivamente sido decididas quer significar que o ponto sobre o qual o recorrente deseja que o STJ ou o STF se pronuncie deve estar contido no bojo da decisão recorrida.”<sup>15</sup>

Essa regra não demanda a menção expressa do dispositivo legal, vez que o STF tem admitido tão somente o debate da matéria como condição para se preencher o requisito do *prequestionamento*. Porém, se o dispositivo é invocado, mas o tribunal não enfrenta a matéria, caberá ao recorrente a oposição dos embargos de declaração para preencher este pressuposto.

O STF tem entendimento flexível sobre a oposição dos aclaratórios pela parte para o alcance do *prequestionamento*. Mesmo com uma jurisprudência instável, tem-se admitido que a simples oposição dos embargos de declaração, para preencher o pressuposto recursal de *prequestionamento*, é suficiente, independente do conhecido ou não do recurso. Assim se extrai da inteligência do enunciado sumular 356 daquela Corte, que sustenta: “o ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do *prequestionamento*.” Insta destacar que, contrariamente, o STJ sumulou o entendimento 211, afirmando ser “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.”; esse entendimento, contudo, acarreta sucessivos recursos que ocupam desnecessariamente a pauta do Poder Judiciário.

---

supracitado, em reunião realizada entre Alfredo Buzaid, Luis Antônio de Andrade e José Frederico Marques, cedendo às críticas, inseriu-se novamente os embargos infringentes no sistema recursal. Naquela época, José Carlos Barbosa Moreira afirmou não acreditar ser suficiente que exista um recurso pautado no pronunciamento divergente em acórdão, pois mesmo que existentes votos divergentes, a decisão no acórdão é única, e na prática não se verificava a aplicabilidade indispensável de tal recurso. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Estudos sobre o novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1974. p. 177 – 220. Assim, mesmo constando nas linhas do Código de Processo Civil de 1973, os embargos infringentes não sobreviveram no anteprojeto de Código de Processo Civil, tampouco nos no PLS nº 166/2010, convertido no PL nº. 8046/2010; contudo, ainda neste ambiente de debates sobre a legislação projetada, deve-se aguardar o término que será conferido a essa espécie embargos.

15. DANTAS, Bruno. **Repercussão geral**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 175.

O PL nº. 8046/2010 ataca o problema ao dispor no art. 979 que *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*. O art. 1.038, do relatório em exame, reproduz o texto acima, incluindo a hipótese em que o tribunal superior poderá considerar existente *erro*.

Essa regra consubstancia claramente o propósito de imprimir maior efetividade e celeridade ao processo civil, e propiciar a redução significativa do número de feitos no STF, assim como no STJ.

#### **3.4.4 Repercussão geral**

A *repercussão geral* é um instrumento qualitativo que exerce função de filtragem, seleção, escolha, desígnio exercido pelo STF ao identificar em algumas causas um valor diferenciado do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico. Assim sendo, por ultrapassarem o espectro subjetivo viabilizado pelo meio de impugnação, cumpre atingir um interesse supraindividual recursal, de certa forma alcançando uma coletividade.

Bruno Dantas, em obra de reconhecida excelência sobre a repercussão geral, afirma que:

É totalmente justificável a decisão do constituinte derivado de atribuir exclusividade ao STF o poder de examinar a presença ou a ausência de repercussão geral das questões constitucionais objeto do RE. É que, dada a função política exercida por essa Corte no sistema brasileiro, e considerando o seu mister primordial de guardar a Constituição, de ser sua a atribuição de definir quais questões são capazes de efetivamente abalar a integridade do texto constitucional.<sup>16</sup>

O anteprojeto de novo Código de Processo Civil, o PL nº. 8046/2010, assim como na versão apresentada no relatório à Câmara dos Deputados, propõem a disciplina desta matéria de forma separada da técnica de julgamento de recursos extraordinários repetitivos. Notadamente, quando ocorreram as reformas que inseriram os arts. 543-A e 543-B no CPC em vigor, muitos exerciam a análise os dois institutos (repercussão geral e recursos repetitivos) somente de forma conjunta. Parece que, mesmo respeitando a correlação possível ente repercussão geral e recursos repetitivos, encampou-se a proposta presente no anteprojeto, tomando o cuidado de disciplinar separadamente tais institutos jurídicos, sendo que, de certa maneira, muito se manteve do regimento processual em vigor na legislação projetada. Isto pode ser constatado na leitura comparativa entre o art. 543-A do CPC em vigor e o art. 989 do PL nº. 8046/2010, e art. 1.048 do relatório da Comissão Especial da Câmara de Deputados.

---

16. DANTAS, Bruno. **Repercussão geral**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 219.

### 3.5. Processamento do recurso extraordinário no CPC projetado

Os artigos 983 e seguintes, do PL nº. 8046/2010, respectivo artigos 1.042 e seguintes do relatório apresentado à Comissão Especial da Câmara de Deputados versam a respeito do processamento do recurso extraordinário. Como dispõe o art. 1.042, daquele relatório, este meio de impugnação será interposto perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido mediante petição protocolada em sua secretaria, e conterà: (i) a exposição do fato e do direito; (ii) a demonstração do cabimento do recurso interposto; (iii) as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão recorrida.

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

É possível a interposição de recurso extraordinário adesivo quando houver sucumbência recíproca e apenas uma das partes interpuser recurso extraordinário, nos termos dispostos no art. 951 do PL nº. 8046/2010, assim como no art. 1.010, do Relatório. Neste caso, o prazo começará a fluir na data das contrarrazões. Excetua-se esta regra para aqueles que possuem prerrogativa legal de prazo em dobro para recorrer, aplicando-se, assim, o prazo especial.

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

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

Da decisão que inadmitir o recurso extraordinário, caberá, *ex vi* do art. 996 do PL nº. 8046/2010, agravo de inadmissão, no prazo de 15 dias, para ao STF; no mesmo sentido, art. 1.055, do relatório.

Presentes os requisitos, admite-se o recurso extraordinário. Existindo interposição conjunta com recurso especial, o recurso extraordinário será enviado para o Superior Tribunal de Justiça; concluído o julgamento do recurso especial, o recurso extraordinário será remetido ao STF, para apreciação, se o recurso não restar prejudicado, como disciplina o art. 985, do PL nº. 8046/2010, e art. 1.044, do relatório. Nesta etapa, o relator fará novo exame de admissibilidade. Presentes os requisitos de admissibilidade, o relator poderá decidir unipessoalmente. Desta decisão caberá agravo interno, no prazo de 15 dias, para o respectivo órgão fracionário. Não se tratando, porém, de julgamento monocrático, o recurso será julgado pelo órgão colegiado competente, nos termos que dispuser o regimento interno da Corte.

### 3.6. Dos efeitos do recurso extraordinário

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

Sabe-se que o recurso extraordinário será recebido no efeito devolutivo. Esse efeito é a revelação do princípio dispositivo. Isto significa que o órgão competente apenas apreciará matéria efetivamente impugnada pelo recorrente.

De acordo com Medina e Wambier “o efeito devolutivo é aquele em virtude do qual o conhecimento da matéria é devolvido ao órgão julgante, seja superior àquele do qual emanou a decisão, seja ao próprio prolator da decisão.”<sup>17</sup>

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

O recurso extraordinário é recurso de fundamentação vinculada. Portanto, o recorrente poderá alegar apenas as matérias previstas nas alíneas do art. 102, III, da Constituição Federal. Neste sentido José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier afirmam que:

em relação aos recursos cujos possíveis fundamentos são delimitados pela lei, o efeito devolutivo também se manifestar, mas vincula-se à natureza do recurso, ocorrendo de forma diferente. É que, por se ter seu âmbito de cabimento limitado a certas questões, tais recursos, em regra, não são aptos a devolverem ao juízo *ad quem* toda e qualquer matéria que venha ser delimitada pelo recorrente, no recurso, dentre aquelas debatidas na decisão recorrida.<sup>18</sup>

É forçoso assinalar que o efeito devolutivo no recurso extraordinário é limitado. Quanto à extensão, restringe-se à matéria constitucional, e quanto à profundidade limita-se às questões analisadas na instância, seja essa única ou última.

O STF tem reconhecido a possibilidade de efeito translativo no recurso extraordinário desde que já admitido o respectivo recurso. Desta forma assentou entendimento que nulidades suscitadas em sede extraordinária, ausência de pressupostos processuais, condições da ação, entre outras matérias de ordem pública podem ser conhecidas de ofício. Porém, o enfrentamento destas matérias só será realizado se o tema tiver sido devidamente ventilado e debatido.

De acordo com o PL nº. 8046/2010, a matéria de ordem pública não suscitada apenas poderá ser decidida após a devida intimação das partes a respeito desta possibilidade. Por fim, entende-se que esta regra aplicar-se-á em todo grau de jurisdição. Portanto, a condição para que se manifeste o efeito translativo será a previa intimação das partes envolvidas, evitando, assim, surpresas no processo.

Importa informar que o PLS 166/2010 inverteu a regra do efeito suspensivo para os recursos, ideia esta também admitida na versão aprovada pelo Senado Federal referente ao PL nº. 8046/2010 e pelo relatório do aprovado na Comissão Câmara dos

---

17. GARCIA MEDINA, José Miguel. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa.. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 2ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 109.

18. GARCIA MEDINA, José Miguel. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa.. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 2ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 112.

Deputados. Destarte, as decisões impugnadas através desta técnica processual poderão ser executadas provisoriamente, proporcionando, assim, maior celeridade efetividade à tutela jurisdicional prestada ao cidadão.

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

É o que se depreende da exegese do art. 267, parágrafo único do PL nº. 8046/2010. Como dispõe o dispositivo citado, *a tutela de urgência será concedida quando forem demonstrados elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como o risco de dano irreparável ou de difícil reparação*, advertindo ainda que, *na concessão liminar da tutela de urgência, o juiz poderá exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer, ressalvada a impossibilidade da parte economicamente hipossuficiente*.

A proposta presente no relatório aprovado na Comissão Especial da Câmara dos Deputados trata de maneira mais específica e objetiva a possibilidade da concessão desta medida em sede de recurso extraordinário, conferindo alguns dispositivos na Subseção I “Disposições Gerais”, da Seção II “Do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial”, referindo-se a *“concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário”* (conferir art. 1.042, § 5º, 6º e 7º, do relatório).

Deve-se destacar que o recorrente deverá requerer a concessão de efeito suspensivo (tutela de urgência) perante o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal recorrido, quando o recurso pender de admissibilidade na origem. Porém, se o recurso foi admitido e remetido para juízo *ad quem*, o pedido de tutela de urgência será formulado no Tribunal Superior, nos termos que dispõem os enunciados da súmula da jurisprudência predominante do STF.

Portanto, é perceptível que o art. 949 do PL nº. 8046/2010 indica que os recursos extraordinários – e os demais recursos – não terão efeito suspensivo. Nestes casos, a utilização da expressão efeito suspensivo é equivocada. Tem-se, em verdade, tão somente, desde a impugnação do julgado mediante recurso recebido naquele efeito, a prorrogação do estado de ineficácia da decisão. Analisando a utilização de tais expressões, Cassio Scarpinella Bueno aduz que:

Seja como for, o efeito suspensivo guarda relação direta (e única) com a aptidão de a decisão recorrida surtir, desde logo, ser efeito ou, diversamente, ter a produção de seus efeitos diferida para um momento futuro: o do esgotamento do *in albis* do prazo recursal, ou julgado o recurso com efeito suspensivo interposto, dado início a um segmento recursal que não tenha efeito suspensivo. Assim, é errada a prática – que leva a inevitáveis equívocos – de se tratar o efeito suspensivo como a contraface do efeito devolutivo.<sup>19</sup>

19. BUENO, Cassio Scarpinella. **Efeitos dos recursos**. In NERY JR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. vol. 10. São Paulo: Editora Revista dos

Assim, o efeito suspensivo poderá ser *ope legis* ou *ope judicis*. Efeito suspensivo *ope legis* funda-se em expressa previsão legal. Por sua vez, o efeito *ope judicis* ocorre quando o julgador, no exercício do seu poder-dever, concede medida de urgência para obstar a propagação dos efeitos normais da decisão recorrida. Em regra, se sustenta que o recurso extraordinário não detém efeito suspensivo, a concessão deste efeito será *ope judicis*, de acordo com a disciplina destinada à “concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário”.

Tratar-se-á nos tópicos seguintes da *possibilidade de suspensão dos efeitos do acórdão impugnável por recurso extraordinário*, tanto no contexto atual, analisando os dispositivos do CPC em vigor, assim como nos textos que se sucederam ao longo do processo legislativo referente ao projeto do novo Código de Processo Civil.

#### 4. TUTELAS DE URGÊNCIA EM ÂMBITO RECURSAL EXTRAORDINÁRIO

Nas linhas acima se demonstrou como o CPC em vigor disciplina diversos aspectos referentes ao recurso extraordinário, indicando concomitantemente as propostas de adaptação da legislação processual, a partir dos debates ocorridos no Senado Federal e na Câmara de Deputados, na construção de um Novo CPC.

A questão da *possibilidade de suspensão dos efeitos do acórdão impugnável por recurso extraordinário* merece abordagem específica neste estudo, tendo em vista que ocorreram significativas alterações entre os dispositivos presentes no CPC em vigor, na versão aprovada pelo Senado Federal no PL n.º. 8046/2010, e na versão proposta no relatório aprovado na Comissão de Especial da Câmara de Deputados.

Neste sentido, se deve diferenciar a forma como a *suspensão dos efeitos do acórdão impugnável por recurso extraordinário* é tratada em cada um daqueles textos. Veja-se:

Texto analisado	Tutela de Urgência (Geral)	Tutela de Urgência (Recurso Extraordinário)
CPC: em vigor	art. 798	art. 800, § único
Novo CPC: versão aprovada no Senado Federal (PL n.º. 8046/2010)	art. 270	art. 272, § único
Novo CPC: debate na Câmara de Deputados (Relatório da Comissão Especial na Câmara de Deputados)	art. 301	art. 300, § único art. 1042, § § 5º, 6º e 7º

#### 4.1 Aspectos delineadores da tutela de urgência cautelar para fins de suspensão dos efeitos do acórdão impugnável extraordinário

Em sede recursal extraordinária, se uma das partes visualiza um *perigo de lesão causado pelo lapso temporal existente entre a decisão que será impugnada e a decisão em sede recursal*, e entende ser *plausível seu direito*, poderá pleitear junto ao juízo competente uma tutela de urgência cautelar para *suspender os efeitos do acórdão impugnável*.

Assim, identifica-se três elementos importantes para a aplicação desta técnica: (i) probabilidade do direito; (ii) o perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional; (iii) direito de recorrer.

Nesses casos, a tutela cautelar terá por *finalidade* garantir a eficácia da futura e possível tutela recursal, tendo em vista que o acórdão impugnável pelo recurso extraordinário – recurso carente de efeito suspensivo –, apresenta risco eminente àquele direito, o que *solicita a realização de uma medida urgente para garantir a frutuosidade direito*.

Quanto ao meio pelo qual pode ser viabilizado o pedido urgente cautelar, a partir do sistema atual, sustenta-se que o mesmo pode ser pleiteado (i) na própria petição de interposição do recurso extraordinário, (ii) em ação cautelar autônoma ou, ainda, (iii) por pedido incidental em petição autônoma.

Teresa Arruda Alvim Wambier argumenta no sentido de ser desnecessário o ajuizamento de ação cautelar para buscar este efeito. Deste modo, seria suficiente “que se formule pedido incidental, que deverá ser decidido, de regra, após o contraditório. Casos de urgência agônica justificam a concessão da medida sem que o recorrido fosse ouvido”<sup>20</sup>.

Certamente este seria o expediente mais efetivo, *por pedido incidental, utilizando-se uma petição autônoma*, pois se provoca o órgão competente para o julgamento a se manifestar sobre a exigência de urgência ou não ao caso posto, por meio de instrumento simplificado. Isto, claro, não exclui as outras duas possibilidades apresentadas, restando ao jurisdicionado eleger qual o meio mais adequado à situação em que se encontra.

Mas observando o atual estado da arte da elaboração legislativa do novo CPC, percebe-se que com a exclusão das cautelares autônomas, o pedido de suspensão de efeitos de acórdão impugnável por recurso extraordinário poderá ocorrer por dois instrumentos: (i) na própria petição de interposição do recurso extraordinário, ou (iii) por pedido incidental em petição autônoma. Neste ponto, a Comissão Especial da Câmara de Deputados, apresentou solução adequada, que possivelmente resolverá as dúvidas quanto ao instrumento disponibilizado para pleitear tais medidas urgentes em sede recursal extraordinária.

Para este estudo, identificam-se alguns momentos em que tutela de urgência poderá ser requerida, a fim de *suspender os efeitos do acórdão impugnável pelos recursos*

---

20. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. ps. 335 e 336.

*extraordinário*: (i) quando o recurso encontra-se no STF, esteja esse pendente de admissibilidade, ou não, ou caso ocorrida a admissibilidade, esteja aguardando o juízo de mérito; (ii) quando o recurso ainda não encontra-se no STF; e (iii) quando o acórdão que possivelmente será impugnável pelo recurso ainda não foi publicado.

## **4.2 Técnica de tutela de urgência para atribuir efeito suspensivo ao julgado impugnado por recurso extraordinário consoante o CPC vigente**

### ***4.2.1 Recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal***

Na primeira situação, *quando o recurso encontra-se no STF, esteja esse pendente de admissibilidade, ou não, ou caso ocorrida a admissibilidade, esteja aguardando o juízo de mérito estando o recurso no STF*, a análise é de competência deste Tribunal.

Neste sentido encontram-se diversas decisões<sup>21</sup>; entre essas, veja-se como decidiu e ementou a Primeira da Turma do STF, na AC 1669 MC<sup>22</sup>, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski: *I – Cautelar deferida para o fim de conceder efeito suspensivo ao recurso extraordinário. II – Fumus boni juris e periculum in mora ocorrentes no ponto. III – Decisão concessiva da cautelar a ser referendada pela Turma.* No caso analisado, o Ministro Ricardo Lewandowski deferiu a medida liminar em sede de ação cautelar para a atribuição de efeito suspensivo a recurso extraordinário já atuado à Corte. Após a concessão do pleito cautelar liminar, o Ministro, afirmando ser pacífica a orientação da jurisprudência do STF sobre o tema versado, propõe o referendo integral da decisão liminar, pelos fundamentos já expostos. Verificamos que a análise do Ministro Ricardo Lewandowski foi possível, de acordo com o mesmo, pois o recurso extraordinário já se encontrava no STF, cabendo primeiramente a ele, como relator, analisar o pedido liminar e, posteriormente, submeter a questão ao referendo da Primeira Turma do STF.

O relator, como designa o art. 558 do CPC e o art. 21 do RISTF, tem competência de conceder ou denegar as medidas urgentes em sede recursal, e desta decisão cabe agravo, sendo a análise deste recurso da competência do órgão colegiado, Plenário ou Turma do STF.

De uma forma ou de outra, observava-se que nos casos em que o recurso extraordinário já se encontra no STF, não existe dúvida, nem da jurisprudência, tampouco da doutrina, que compete a este tribunal analisar as medidas de pleito suspensivo àquele meio de impugnação.

---

21. STF, 2ª. T., AC 2007 MC-AgR, rel. Min. Eros Grau, julgado em 22.04.2008, DJe-088, Divulg. 15.05.2008, Public. 16.05.2008, Ement. vol. 02319-01 pp. 00047; STF, 2ª. T., AC 957 MC-QO, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 09.05.2006, DJ. 26.05.2006 pp. 00028 Ement. vol. 02234-01 pp. 00029 rndj v. 6, nº 80, 2006, p. 63-67; STF, 1ª T., RE 432106 MC, rel. Min. Marco Aurelio, julgado em 22.09.2009, DJe. 223 Divulg. 26.11.2009, Public. 27.11.2009, Ement. vol. 02384-04, pp. 00748.

22. STF, 1ª. T., AC 1669 MC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20.11.2007, DJe-157 Divulg. 06.12.2007, Public. 07.12.2007, DJ 07.12.2007, pp. 00041, Ement. vol. 02302-01, pp. 00046, lexstf v. 30, nº 352, 2008, p. 23-27.

#### 4.2.2 Recurso extraordinário ainda no Tribunal a quo

A segunda situação ocorre *quando o recurso ainda não se encontra no STF*. Nesses casos, a jurisprudência desta Corte é firme em decidir pelo afastamento da sua competência para conceder a medida cautelar para a concessão de efeito suspensivo, designando como competente a presidência do Tribunal em que se encontra o recurso.

Esta situação comporta diversas variáveis, entre as quais: (i) o recurso extraordinário encontra-se no tribunal *a quo*, aguardando o juízo de admissibilidade; (ii) o recurso extraordinário encontra-se no tribunal *a quo*, mas já submetido ao juízo de admissibilidade; (iii) o recurso extraordinário ainda encontra-se no tribunal *a quo*, pendente de remessa ao STF, mesmo já ocorrido o juízo de admissibilidade positivo; (iv) o recurso extraordinário ainda encontra-se no tribunal *a quo*, pendente de remessa ao STF, pois ocorrido o juízo de admissibilidade, este foi negativo, cabendo agravo de instrumento ao STF; (v) o recurso extraordinário, interposto conjuntamente com o recurso especial, ambos já admitidos no tribunal *a quo*, mas enviados ao STJ.

Estas são algumas das possibilidades possíveis, outras mais têm ocorrido. Mesmo assim, o STF, a todo custo, afastada sua competência para aferir as situações de urgência, em total desacordo com o que designa o art. 800, parágrafo único do CPC.

Dizemos ser firme e relativamente estável pois, de acordo com as decisões proferidas entre os anos 2000 e 2012, o Supremo tem reiterado este entendimento<sup>23</sup>, fazendo referência aos seus precedentes, afetando algumas variáveis à resolução como questões de ordem<sup>24</sup> e, ainda, sumulando este entendimento nos enunciados 634 e 635.

Redigiu-se no entendimento sumulado 634 que *não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem*; e no entendimento sumulado 635 que *cabete ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade*.

Reiterado os entendimentos sumulares, na AC 2177 MC-QO<sup>25</sup>, sob a relatoria da Ministra Ellen Gracie, decidiu o Tribunal Pleno do STF que, “para a concessão do excepcional efeito suspensivo a recurso extraordinário *é necessário o juízo positivo de*

23. STF, 2ª. T., AC 2126 AgR, rel. Min. Eros Grau, julgado em 09.03.2010, DJe-091, Divulg. 20.05.2010 Public. 21.05.2010, Ement. vol. 02402-02, pp. 00239; STF, 2ª. T., AC 2007 MC-AgR, rel. Min. Eros Grau, julgado em 22.04.2008, DJe 088, Divulg. 15.05.2008, Public. 16.05.2008, Ement. vol. 02319-01 pp. 00047; STF, Tribunal Pleno, Pet 1903 AgR, rel. Min. Neri da Silveira, julgado em 01.03.2000, DJ 06.09.2001, pp. 00009, Ement., vol. 02042-02, pp. 00356; STF, 2ª. T., Pet 1810 AgR, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Maurício Correa, julgado em 19.10.1999, DJ 19.10.2001, pp. 00034, Ement vol. 02048-01, pp. 00046; STF, 2ª T., AC 1682 MC-AgR, rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 23.03.2010, DJe. 168, Divulg. 09.09.2010, Public. 10.09.2010, Ement. vol. 02414-01, pp. 00103, lexstf v. 32, nº 382, 2010, p. 16-19; STF, 2ª. T., AC 2126 AgR, rel. Min. Eros Grau, julgado em 09.03.2010, DJe 091, Divulg. 20.05.2010, Public. 21.05.2010, Ement. vol. 02402-02, pp. 00239.

24. STF, AC 2177 MC-QO; STF, AC 1556 MC-QO; STF, Pet 3515 QO; STF, AC 649 QO; STF, AC 352 QO; STF, AC 929 QO; STF, Pet 2192 QO; STF, Pet 1960 QO; STF, Pet 1967 QO; entre outras.

25. STF, Tribunal Pleno, AC 2177 MC-QO, rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 12.11.2008, DJe-035, Divulg. 19.02.2009, Public 20.02.2009, Ement. vol. 02349-05, pp. 00945, rj vol. 00209-03, pp. 01021.

*sua admissibilidade no tribunal de origem*, a sua viabilidade processual pela presença dos pressupostos extrínsecos e intrínsecos, a plausibilidade jurídica da pretensão de direito material nele deduzida e a comprovação da urgência da pretensão cautelar.”, citando precedentes.

Este posicionamento fundamenta-se em uma suposta invasão de competência por parte do STF em face do Tribunal *a quo*, caso aquele examinasse e concedesse a medida de caráter acautelatório.

Ora, aqui não tem espaço esta argumentação, haja vista que o art. 800, § único, do CPC em vigor, é exato ao designar como de competência exclusiva do órgão recursal a análise e qualquer providência de ordem cautelar. Portanto, no caso em exame, o órgão recursal é o STF, pois este tem a competência de julgar novamente a admissibilidade, e posteriormente o mérito recurso extraordinário.

Analisando aquele dispositivo, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam ser possível o ajuizamento de ação cautelar no STF com a finalidade de conceder efeito suspensivo ao recurso extraordinário:

A norma confere competência aos tribunal destinatário do recurso (*ad quem*) se e quando já estiver sido interposto o recurso. Essa circunstância estância está expressa no par. ún. do CPC 800, de modo que o juízo *a quo*, isto é, aquele que prolatou a decisão recorrida, deixa de ser competente para toda e qualquer medida posterior à interposição do recurso. Portanto, a cautelar posterior à interposição do recurso, ainda que não proferido o juízo de admissibilidade do recurso, tem de ser ajuizada perante o tribunal *ad quem*, que é o mesmo competente para processá-la e julgá-la.”<sup>26</sup>

No mesmo sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier sustenta ser da competência do STF analisar e conceder as providências cautelares com finalidade de suspender os efeitos dos acórdãos impugnáveis por recurso extraordinário. Sustenta que “a competência para a concessão da providência pleiteada seria do Tribunal *ad quem*, como diz o art. 800 do CPC”<sup>27</sup>

Pode-se pensar ainda na possibilidade de competência comum entre os órgãos, mas sequer cogitar-se a exclusão do STF para fins de análise do pedido de tutela de urgência cautelar. Neste sentido, Rogério Licastro Torres de Mello apresenta duas possibilidades: (i) a competência cumulada entre o tribunal *ad quem* e o tribunal *a quo*; e (ii) a competência exclusiva do tribunal *ad quem*.<sup>28</sup>

O autor supracitado sustenta ser mais coerente o posicionamento que confere a “competência para determinar providências cautelares em grau recursal tanto o juízo

---

26. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 1165.

27. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 335.

28. MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Tutelas de urgência em grau recursal**. WAMBIER, Luiz Rodrigues. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Tutela de urgência e procedimentos especiais – Doutrinas Essenciais: Processo Civil*. vol. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 278.

recorrido quanto o juízo *ad quem*, sendo que será definido um ou outro conforme os autos tenham ou não sido remetidos ao juízo superior, que julgará o recurso.”<sup>29</sup>. É uma proposta interessante, levando-se em consideração a localização física dos autos, contudo não é esta a previsão disponibilizada pelo CPC em vigor.

Se já não fosse um equívoco interpretativo do art. 800, parágrafo único do CPC em vigor, notadamente, a dicção dos enunciados sumulares 634 e 635 deixam de fora todas as situações em que o juízo de admissibilidade já ocorreu no tribunal *a quo*; não por menos que a situação sumulada é somente uma dentre tantas que citamos linhas atrás. Parece que, além da interpretação erosiva do texto do CPC, o STF ainda ignora o lapso temporal possível entre o exercício do juízo de admissibilidade do recurso extraordinário no tribunal *a quo* e o momento em que os autos são remetidos e chegam ao seu conhecimento.

Analise-se, por exemplo, a situação (v), em que *o recurso extraordinário é interposto conjuntamente com o recurso especial, e ambos já foram admitidos no tribunal a quo, mas enviados ao STF*.

Neste caso, aquele que pleitearia a tutela de urgência cautelar deveria fazê-lo diretamente ao STF, pois: (i) a medida cautelar deve ser requerida diretamente ao tribunal ao qual o recurso foi interposto, neste caso ao Supremo Tribunal Federal, como enuncia o art. 800, parágrafo único do CPC em vigor; (ii) porque só não compete ao STF conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo ao recurso extraordinário que não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem, como afirma o enunciado sumular 634 do próprio tribunal, e neste caso, o juízo de admissibilidade já foi realizado pelo Presidente do Tribunal *a quo*, como indica o enunciado 635 do STF; superadas as sumuladas exigências impostas por este Tribunal, (iii) só poderia o próprio Supremo analisar o pleito cautelar na situação sob exame, pois ao STJ só compete analisar questões infraconstitucionais, sendo que a tutela de urgência para suspender acórdão impugnável por recurso extraordinário é pautada em questão de conteúdo eminentemente constitucional.

Contudo, mesmo com todo este raciocínio, o STF decidiu contrariamente à dicção do art. 800, parágrafo único do CPC, aos seus enunciados sumulares 634 e 635, e, ainda, à missão constitucionalmente esculpida na CF/1988, que optou por cingir e originar um Tribunal para julgar questões de direito infraconstitucional, e outro para julgar questões de direito constitucional.

No julgamento da AC 2206 AgR<sup>30</sup>, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, a Segunda Turma novamente confere interpretação simplesmente restritiva de acesso ao STF, ao afirmar que a competência ocorre somente quando os autos estiverem fisicamente

29. MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Tutelas de urgência em grau recursal**. WAMBIER, Luiz Rodrigues. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Tutela de urgência e procedimentos especiais – Doutrinas Essenciais: Processo Civil. vol. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 278.

30. AC 2206 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 EMENT VOL-02375-01 PP-00016 RT v. 98, nº 890, 2009, p. 152-155.

na Corte. Vejamos: “Na hipótese dos autos, o recurso extraordinário da requerente, embora admitido na origem, encontra-se no Superior Tribunal de Justiça.”, ou seja, convenientemente flexibiliza-se uma interpretação jurisprudencial estável e sumulada, somente para ampliá-la e excluir, mais uma vez, o cabimento do pleito de tutela de urgência diretamente ao Supremo Tribunal Federal. Segue afirmando que o STJ, “enquanto pendente de apreciação o recurso especial, é competente para o exame de medidas cautelares que visem à suspensão dos efeitos do acórdão recorrido.”

Esta é apenas mais uma das decisões proferidas pelo STF que, tratando da questão da suspensão dos efeitos do acórdão impugnável por recursos extraordinário, flexibiliza seu entendimento e causa severa insegurança jurídica.

Não é possível analisar tal instabilidade jurisprudencial e não criticar o entendimento dos Tribunais que detém missão paradigmática e não a cumprem. Como sustenta Teresa Arruda Alvim Wambier, “aceitar, de forma ilimitada, que o juiz tem liberdade para decidir de acordo com sua própria convicção, *acaba por equivaler a que haja várias pautas de conduta diferentes (e incompatíveis) para os jurisdicionados.*”<sup>31</sup>

No ambiente decisional em que se discute a utilização das técnicas que são úteis como instrumentos de proteção de outros direitos, mesmo sendo permitida certa flexibilidade, esta deve ser comedida, pois é fundamental se saber qual a técnica processual a ser aplicada. Essa certeza, muitas das vezes, decorre de uma jurisprudência verdadeiramente dominante<sup>32</sup>, estável e que apresente uma *pauta de conduta*.

Outro ponto parece importante: sabe-se que as hipóteses de controle via recurso extraordinário estão definidas no texto constitucional, contudo, a utilização deste meio de impugnação tem sua engenharia prevista no CPC, cabendo, portanto, ao STJ interpretar as normas infraconstitucionais de processamento desses recursos, e não ao STF.

Nesta instabilidade interpretativa, não se sabe quem deve exercer a função paradigmática e apresentar uma pauta de conduta adequada sobre a possibilidade de concessão de tutela de urgência cautelar para os recursos excepcionais, pois o STF e o STJ não se entendem sobre diversos temas e a concessão de tutela de urgência é somente mais um deles.

---

31. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa.. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. RePro 172. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 144.

32. Sobre a identificação de jurisprudência verdadeiramente dominante, Luiz Rodrigues Wambier afirma que: “Não se coaduna com a seriedade do serviço jurisdicional e sua imprescindibilidade para o vigor democrático, que a sociedade que imprimir ao Brasil, a circunstância de existirem decisões tomadas com bases falsa, como se jurisprudência dominante se tratasse. Há que se construir uma base sólida, confiável, para que a sociedade possa entender a legitimidade das decisões dos Tribunais (inclusive locais) nesse ou naquele sentido. WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. *In* Revista de Processo, vol. 100. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 86.

### ***4.2.3 Tutela de urgência na hipótese de inocorrência de publicação do acórdão impugnável por recurso extraordinário.***

A terceira situação ocorre *quando o acórdão que possivelmente será impugnável pelo recurso ainda não foi publicado.*

No que se refere a possibilidade de concessão da medida liminar antes da publicação do acórdão, um breve raciocínio poderá resolver esta problemática. Se as medidas de caráter urgente devem ser concedidas para proteger a eficácia da tutela jurisdicional, devendo esta surgir e permanecer enquanto durar a situação de risco – temporalidade –, é indiscutível que em todo o lapso temporal do processo esta poderá e deverá ser aplicada.

Ricardo Luís Mahlmeister, afirma que só deve ser admitida a cautelar no caso de existir acórdão publicado, pois “com efeito, torna-se pouco razoável reformar uma decisão sem conhecer a sua fundamentação.”<sup>33</sup>. Esquece, contudo, o autor, que a medida cautelar não terá caráter reformador, mas suspensivo dos efeitos do acórdão a ser publicado. Portanto, mesmo a pós a possível concessão da cautela, o acórdão ainda existirá – pois não foi reformado –, será válido – tanto que possivelmente existirá recurso especial com o objetivo de impugná-lo –, suspendendo-se tão somente a sua eficácia futura, pendente somente de publicação.

Afirmou o STF, no julgamento da AC 2751 AgR<sup>34</sup>, sob a relatoria do Ministro Ayres Britto, que “nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para que seja concedido efeito suspensivo a recurso extraordinário, é necessário que ele, apelo extremo, haja sido efetivamente interposto.”, sendo que “no caso, a ação cautelar é manifestamente incabível, pois nem sequer foi proferido o acórdão que poderá ser objeto do recurso extraordinário.”

Nota-se que a decisão utiliza como marco temporal para o pedido da tutela de urgência cautelar o momento em que é proferido o acórdão. Sendo assim, proferido o acórdão, mas pendente de publicação, constata-se um lapso temporal no qual poderia surgir uma situação de urgência, sendo então cabível a concessão da medida cautelar quando o acórdão que possivelmente será impugnável pelo recurso ainda não foi publicado.

### **4.3. A aplicação a partir do debate legislativo**

Notadamente, observa-se a tentativa, tanto nos debates no Senado Federal, quanto na Câmara de Deputados, de resolver as questões que acarretam instabilidade jurisprudencial e insegurança ao jurisdicionado, como as referentes à suspensão dos efeitos de acórdão impugnável por recursos extraordinário.

---

33. MAHLMEISTER, Ricardo Luís. Medida cautelar. Suspensão dos efeitos de acórdão não publicado. Possibilidade em casos excepcionais. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa.. Revista de Processo, nº 124. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005. p. 208.

34. AC 2751 AgR, Relator(a): Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 15/02/2011, processo eletrônico dje-041 divulg 01-03-2011 public 02-03-2011.

Certamente, não é razoável exigir que determinada legislação identifique todas as possíveis situações e que apresente para cada uma dessas uma solução específica.

Seguindo esse raciocínio, algumas regras apresentadas no CPC projetado têm seu grau de abstração ampliado, o que permite ao aplicador do direito interpretá-las e apresentar respostas mais adequadas aos casos que exijam a pronta concessão de tutelas de urgência. Todavia, exigem-se critérios objetivos para a interpretação e aplicação destas normas, sendo dever da jurisprudência determinar, em algum momento, uma interpretação estável a ser respeitada.

Por isso o CPC projetado é enfático ao exigir uma uniformização jurisprudencial e aplicação correta dos precedentes. E, se tratando de STF, este desígnio é ainda maior, pois este é o juízo que deve prezar pela uniformidade e estabilidade da interpretação do texto constitucional.

#### ***4.3.1. Aplicação de acordo com a versão aprovada no Senado Federal***

O art. 269 do CPC projetado, visualizado no PL n.º. 8046/2010, dirime as dúvidas referentes à amplitude da aplicabilidade das tutelas de urgência. Escreve que *a tutela de urgência e a tutela da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do processo, sejam essas medidas de natureza satisfativa ou cautelar.*

Posteriormente, distinguindo as medidas de natureza satisfativas e cautelares, indica os requisitos necessários da tutela cautelar, no § 2º do mesmo dispositivo, que adverte, *são medidas cautelares as que visam a afastar riscos e assegurar o resultado útil do processo.* Foi adequada a sistematização proposta no PL n.º. 8046/2010, versão aprovada no Senado.

No entanto, no que diz respeito à suspensão dos efeitos de acórdão impugnável por recursos extraordinário, resolve parcialmente a questão da competência para apreciar e conceder a medida cautelar pleiteada em sede recursal. Veja-se:

*Art. 272 A tutela de urgência e a tutela da evidência serão requeridas ao juiz da causa e, quando antecedentes, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.*

*Parágrafo único. Nas ações e nos recursos pendentes no tribunal, perante este será a medida requerida.*

Portanto, o posicionamento adotado é que, em sede recursal extraordinária, a medida cautelar deverá ser requerida no tribunal no qual se encontra pendente o recurso, seja este o tribunal *a quo*, o STJ (nos casos de impugnação cumulada entre recursos especial e recurso extraordinário), ou STF.

Nota-se que não se solucionou totalmente a questão da competência para julgar as medidas cautelares propostas de forma autônoma ao recurso extraordinário. Quando utiliza-se a expressão “*estar pendente*”, a mesma significa pendente de juízo de admissibilidade ou juízo de mérito? Ou “*estar pendente*” é uma expressão utilizada para referir-se onde se encontra os autos do recurso?

Parece que para resolver este problema alguns elementos são essenciais para a construção da respectiva norma: (i) o momento em que se encontra o processo; (ii) o ato que dá ensejo à interposição do recurso; (iii) os respectivos atos realizados até que o recurso alcance o juízo competente para julgar o mérito; (iv) o local onde se encontram fisicamente os autos, sendo que este elemento pode ser excluído, tendo em vista a informatização e comunicação entre os órgãos da Justiça.

Este estudo propõe que será da competência do STF analisar e conceder medidas de urgência propostas de forma autônoma ao recurso extraordinário, esteja este em (i) trâmite no tribunal *a quo*, (ii) em trânsito em direção ao STF, ou (iii) já se encontre no STF, e mesmo (iv) nos casos em que sequer foi publicado o acórdão que possivelmente será impugnado pelo recurso.

Além disso, salienta-se que *o STF deve preocupar-se em conferir maior atenção nas questões diretamente ligadas à sua função paradigmática, uniformizadora e estabilizadora o entendimento jurídico constitucional.*

Assim, sempre que no acórdão a ser impugnado, *for manifesto o caráter teratológico, ou violador de enunciado sumular do STF ou entendimento estabilizado com base no em julgado de recursos extraordinários repetitivos*, é “vocacional” a competência desse Tribunal na missão de julgar os pleitos de urgência cautelares.

Outra questão surge: nos casos de impugnação cumulada de recurso especial e recurso extraordinário, estando os recursos no STJ, para julgamento do recurso especial, o “estar pendente no tribunal” acarretará o julgamento do pleito de urgência pelo STJ? Caso seja esta a solução, como se resolve a questão das atribuições diferenciadas entre STF e STJ, já que em tese o STJ estará julgando, mesmo que reflexamente, questões constitucionais veiculada no recurso extraordinário, para a concessão ou não a tutela de urgência cautelar?

A utilização da expressão “recursos pendentes no tribunal”, no art. 272, parágrafo único do PL nº. 8046/2010, pode gerar mais dúvida do que o texto já existente no art. 800, parágrafo único do CPC em vigor, que não deixa dúvida sobre a competência do STF em julgar tais pleitos de urgência. Se a interpretação de um texto “enxuto” como é o do art. 800 do CPC em vigor já gera tantas dúvidas jurisprudenciais, imagine-se as possibilidades interpretativas conflitantes que o texto do art. 272, parágrafo único da versão aprovada no Senado Federal ocasionará.

#### ***4.3.2. Tutela de urgência para acórdão impugnável por recurso extraordinário de acordo com a versão do Relatório aprovado na Comissão Especial da Câmara dos Deputados***

O texto proposto no Relatório da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, sob a relatoria do Deputado Paulo Teixeira (PT-SP), pretendeu resolver diretamente as dúvidas atinentes à possibilidade de suspensão de efeitos ao acórdão impugnável por recurso extraordinário.

Logo nas disposições gerais, no Livro V, “Da Tutela Antecipada”, está prevista a possibilidade de suspensão analisada, mas fazendo-se ressalva ao um tratamento específico conferido a estas situações:

Art. 300. A tutela antecipada será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.

Parágrafo único. Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela antecipada será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.

O regramento específico para a concessão de tutela de urgência em sede de recurso extraordinário encontra-se nos art. 1.042, § § 5º, 6º e 7º, desse relatório:

Art. 142 (...) § 5º O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou especial poderá ser formulado:

I – na petição de interposição do próprio recurso; ou

II – por petição autônoma instruída com os documentos necessários ao conhecimento da controvérsia, quando formulado o pedido após realizado o juízo de admissibilidade no tribunal recorrido.

§ 6º É dispensável a formação do instrumento de que trata o inciso II do § 5º quando o pedido for formulado por petição autônoma e os autos já estiverem no tribunal competente para julgar o recurso extraordinário ou especial.

§ 7º A apreciação do pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou ao recurso especial competirá:

I – ao presidente ou vice-presidente do tribunal de origem, se pendente o juízo de admissibilidade;

II – ao presidente do respectivo tribunal superior, no período compreendido entre o juízo de admissibilidade do recurso no tribunal de origem e a sua distribuição no tribunal superior;

III – ao relator designado, após a distribuição do recurso no tribunal superior.

Percebe-se que o dispositivo já resolve as dúvidas sobre os *instrumentos* que poderão ser manejados para pleitear a suspensão dos efeitos do acórdão, definindo, ainda, as hipóteses de utilização de cada um desses instrumentos:

- (i) *por petição de interposição do próprio recurso* – quando o pedido ocorre no mesmo momento da interposição do recursos extraordinário; ou
- (ii) *por petição autônoma* – quando o pedido ocorre posteriormente à interposição do recurso extraordinário.

Soluciona-se, definitivamente, a questão da competência para a análise do pedido de suspensão dos efeitos do acórdão impugnável:

- (i) competência do tribunal *a quo*: se pendente o juízo de admissibilidade, do recurso extraordinário, exercido por esse tribunal;
- (ii) competência do tribunal *ad quem*, STF (presidente ou vice-presidente): após o juízo de admissibilidade exercido pelo tribunal *a quo*, até o momento da distribuição do recurso no STF;

(iii) competência do tribunal *ad quem*, STF (relator): depois da distribuição do recurso extraordinário no STF.

Momento processual	Competência (análise / efeito suspensivo)	Instrumento	Dispositivo
Acórdão ainda não publicado	Supremo Tribunal Federal	Petição autônoma	art. 300, § único art. 301
Acórdão publicado (mas não ocorrida a interposição do recurso)	Supremo Tribunal Federal	Petição autônoma	art. 300, § único art. 301
Recurso extraordinário interposto no tribunal <i>a quo</i>	Tribunal <i>a quo</i>	Petição de interposição	art. 1042, § 5º, I art. 1042, § 7º, I
Recurso extraordinário pendente de juízo de admissibilidade	Tribunal <i>a quo</i>	Petição de interposição	art. 1042, § 5º, I art. 1042, § 7º, I
Recurso extraordinário após o juízo de admissibilidade no tribunal <i>a quo</i>	Supremo Tribunal Federal	Petição autônoma	art. 1042, § 5º, II art. 1042, § 7º, II
Recurso extraordinário em trânsito para o STF	Supremo Tribunal Federal	Petição autônoma	art. 1042, § 5º, II art. 1042, § 7º, II
Recurso extraordinário em trânsito para o STF (mas no STJ por impugnação conjunta com recurso especial)	Supremo Tribunal Federal	Petição autônoma	art. 1042, § 5º, II art. 1042, § 7º, II
Recurso extraordinário distribuído no STF	Supremo Tribunal Federal	Petição autônoma	art. 1042, § 5º, II art. 1042, § 7º, III

Com esta sistematização, não restam dúvidas quanto à competência para a análise do pedido de suspensão dos efeitos do acórdão impugnável por recurso extraordinário.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito processual civil tem se constituído sensível e próximo à realidade, atendendo aos novos interesses e direitos surgidos na sociedade contemporânea. Os obstáculos econômico, organizacional e processual têm sido realmente superados, garantindo o amplo acesso à justiça, a efetividade do instrumento e o devido processo legal.

As reformas da legislação processual solucionaram diversos problemas, contudo, algumas dessas reformas, mesmo atingindo seus objetivos de apresentar técnicas processuais devidamente capazes de tutelar os direitos, acarretaram um impacto estrutural no CPC vigente, causando algumas anomalias do ponto de vista sistemático.

Diversas técnicas processuais existentes no atual CPC têm cumprido efetivamente sua finalidade, e outros necessitavam somente de melhor sistematização. Notadamente,

esta foi a postura daqueles trabalharam na elaboração do projeto do novo CPC, desde a comissão de juristas responsáveis pela elaboração do anteprojeto, até as demais comissões especiais no âmbito do Senado Federal e da Câmara de Deputados.

Em relação ao recurso extraordinário, objeto deste ensaio, percebe-se que as alterações ocorridas pretenderam dirimir as dúvidas quando ao manejo deste meio de impugnação excepcional. Contudo, à evidência dos trabalhos empreendidos, todas as versões propostas encamparam a ideia de utilizar o *recurso como meio de render o processo*, como um instrumento de aperfeiçoamento da decisão e da tutela jurisdicional disponibilizada.

Neste intuito, objetivou-se diminuir as possibilidades de óbices à interposição de recurso, atuando diretamente contra fenômenos denominados como jurisprudência defensiva e restrições ilegítimas a recursos. Ainda, seguindo este propósito, propuseram dispositivos que possibilitam a correção, e até desconsideração, de erros formais quando do manejo dos recursos.

Quanto à *possibilidade de suspensão dos efeitos de acórdão impugnável por recurso extraordinário*, percebe-se que a solução apresentada resultou da análise dos posicionamentos doutrinários e jurisprudências sobre o tema. A resposta apresentada à dúvida quanto ao *instrumento utilizável* e a *competência para análise* foi adequada. Todavia, como sustentamos, *de pouca serventia terá um texto escrito com clareza e objetividade, se as interpretações realizadas sobre este texto forem contraditórias e instáveis*.

É importante destacar, por fim, que as propostas apresentadas neste debate legislativo, além de possibilitar a utilização de recursos de uma maneira mais saudável à Justiça, passam a valorizar ainda mais tais instrumentos processuais. Consequentemente, atribui-se o devido destaque à missão dos tribunais do país, como o STF, conferindo ainda mais evidência ao exercício de suas funções paradigmática, uniformizadora e estabilizadora interpretativa, com a finalidade de concretizar a isonomia.

## REFERÊNCIAS

- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Recursos como uma forma de fazer “render” o processo no Projeto 166/2010. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Revista de Processo, nº 189**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. RePro 172. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Estudos sobre o novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1974
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**. 28 ed. Rio de Janeiro, 2010.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Efeitos dos recursos**. In NERY JR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. vol. 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

- DANTAS, Bruno. **Repercussão geral**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 2ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MAHLMEISTER, Ricardo Luís. Medida cautelar. Suspensão dos efeitos de acórdão não publicado. Possibilidade em casos excepcionais. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Revista de Processo, nº 124**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.
- MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Tutelas de urgência em grau recursal**. WAMBIER, Luiz Rodrigues. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Tutela de urgência e procedimentos especiais – Doutrinas Essenciais: Processo Civil. vol. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- NUNES, Dierle. **O recurso como possibilidade jurídica discursiva das garantias do contraditório e da ampla defesa**. Belo Horizonte: PUCMINAS, 2003 (dissertação de mestrado).
- \_\_\_\_\_. **Direito constitucional ao recurso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante**. In Revista de Processo, vol. 100. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.